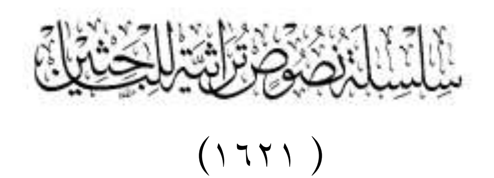


(١٦٢١)

على اليد ما أخذت

قواعد ومسائل

من مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"مذهب الجمهور. ودل على أن مؤونته على الراهن. وحكاه الوزير وغيره إجماعا.

(ويأتي قوله) – صلى الله عليه وسلم – في باب العارية (**على اليد ما أخذت**) أسنده إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة (حتى تؤديه أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها يلزم رده. والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره من مرهون أو غيره). ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه. فإن تعدي المرتهن أو فرط في الرهن ضمنه بالإجماع حكاه الوزير وغيره. وإن تلف الرهن ونحوه في يد المرتهن أو غيره بغير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه. لأنه أمانة في يده كالوديعة.

ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه. وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين. وهذا مذهب الجمهور فإن الرهن يتعلق بجملة الحق المرهون فيه. وببعضه. فهو محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه. وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه على أن من رهن شيئا بمال فأدى بعضه وأراد إخراج بعض الرهن أن ذلك ليس له حتى يوفيه آخر حقه. أو يبرئه. وليس له تملكه. بل متى حل الدين لزم الراهن الإيفاء وإن امتنع فيإن كان أذن للمرتهن أو العدل في بيعه باعه ووفى الدين. وإلا أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن. فإن لم يفعل باعه الحاكم ووفى الدين. وقال ابن رشد حق المرتهن في الرهن أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه. فإن لم يأت به عند الأجل فله أن." (١)

"الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف. وله استيفاء المنفعة بنفسه ووكيله. وليس له أن يعيرها أو يؤجرها.

(وعن سمرة مرفوعا **على اليد ما أخذت**) أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها (حتى تؤديه) من غير نقص عين ولا صفة وأسند إلى اليد لأنها المتصرفة فمن أخذ مال غيره لزمه رده (رواه الخمسة) وصححه الحاكم وحسنه الترمذي والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره. وعليه مؤونة الرد. ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه. وهم يعم العارية والغصب.

ولو سلم شريك شريكه دابة فتلفت بلا تعد لا تفريط لم يضمن. ولا ضمان عند الجمهور في أربع إذا كانت العارية وقفا. وإذا أعارها المستأجر أو بليت فيما أعيرت له. أو أركب دابة منقطعا للثواب فتلفت تحته ما لم يفرط. وللمعير الرجوع متى شاء بلا نزاع. ما لم يأذن في شغله بشيء يضر المستعير برجوعه فيه. كما لو أعاره أرضا للزرع أو جدارا لـيضع عليه خشبه.

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ١٩٨/٣

(ولأبي داود) وغيره (عن أبي هريرة) -رضي الله عنه- (مرفوعا) إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال (أد الأمانة) أي ادفع الأمانة

وهي كل حق لزمك أداؤه وحفظه (إلى من ائتمنك) عليها والائتمان إيداع الشيء لحفظه حتى يعاد إلى المؤتمن (ولا تخن." (١)

"و ٤٢ و ٣١٠)

(١٢) خطأ القاضي في بيت المال

(قواعد الحمزاوي مسائل الحدود ص ٣١٩)

وذلك كما لو قضى القاضي بالقصاص وتم التنفيذ ثم تبين أن القاتل

غير المقضي عليه فبيت المال يضمن الدية (ر الدر المختار ورد المحتار)

وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنيا عن أخطاء

عمالها في عملهم الحكومي إذا لم يتعمدوا الإساءة فإن تعمدوا كانوا

هم الضامنين

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٨٣

(١٣) الخيانة لا تتجزأ

فلو أن الوصي على عدة تركات أو المتولي على عدة أوقاف خان في

إحداها وجب عزله من جميعها (ر تنقيح الفتاوى الحامدية الباب الثامن من

الوقف ١ ٢٠٤)

(١٤) شرط الواقف كنص الشارع

(مجامع الحقائق وقواعد الحمزاوي مسائل الوقف ص ٢١٤)

وهذا التشبيه بنص الشارع إنما هو من ناحيتين

١ - أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الأصولية التي يجب

تحكيمها في تفسير نص الشارع

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٢٩٦/٣

٢ – أنه يجب احترامه وتنفيذه كوجوب العمل بنص الشارع لأنه صادر

عن إرادة محترمة نظير الوصية

وهذا ليس على إطلاقه فإن شروط الواقفين ثلاثة أنواع

نوع باطل لا يعمل به ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند

الاقتضاء ونوع محترم مطلقا لا تجوز مخالفته بحال وهذا هو الذي تطبق عليه

هذه القاعدة

وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثلتها في كتابنا أحكام الأوقاف الجزء

الأول ف ١٥١ – ١٦٥ فليرجع إليه

(١٥) الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق

وكذا قولهم الاستصحاب يصلح للدفع لا للاستحقاق فإن

الاستصحاب هو من قبيل الظاهر (ر ف ٦٨٤ والأشباه لابن نجيم ج ١

ص ١٠٤)

(١٦) **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم (ر ف ٤٧ و ٦٥٥)

(١٧) غرض الواقف مخصص لعموم كلامه (قواعد الحمزاوي

مسائل الوقف ص ٢٢٧)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٨٤

استوفينا الكلام على غرض الواقف في كتابنا أحكام الأوقاف." (١)

"والنوع الرابع عشر

وهو إطلاق البعض على الكل١

ومنه قوله تعالى: {فتحرير رقبة} ٢ والعتق إنما هو للكل. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" ٣ فالمراد صاحب اليد بكماله، ومنه قوله تعالى: {كل شيء هالك إلا وجهه} ٤.

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٣٠١

والنوع الخامس عشر

وهو إطلاق المتعلق - بفتح اللام- على المتعلق - بكسرها-

كقوله صلى الله عليه وسلم: "تحيضي في علم الله ستا أو سبعا" ٥ فإن التقدير: تحيضي ستا أو سبعا. وهو معلوم الله تعالى٦.

-

١ انظر تفصيل الكلام على هذا النوع في "الإشارة إلى الإيجاز ص٦٦-٦٨، الفوائد المشوق إلى علوم القرآن ص٢٢ وما بعدها، التمهيد ص٤٨، معترك الأقران ١/ ٢٤٨، البرهان ٢/ ٢٦٣-٢٦٩".

٢ الآية ٩٢ من النساء.

٣ أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة والحاكم وأحمد من حذيث الحسين عن سمرة. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه. "انظر تلخيص الحبير ٣/ ٥٣، تحفة الأحوذي ٤/ ٤٨٢، سنن أبي داود ٣/ ٤٠٠، مسند الإمام أحمد ٥/ ٨، المستدرك ٢/ ٤٧، سنن ابن ماجة ٢/ ٨٠٢".

٤ الآية ٨٨ من القصص، والمراد ذاته.

٥ أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة وأحمد والدارقطني والحاكم عن حمنة بنت جحش في حديث طويل. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال أحمد بن حنبل: هو حديث حسن صحيح. "انظر سنن الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي ١/ ٣٩٥ وما بعدها، سنن ابن ماجة ١/ ٢٠٥، سنن أبي داود ١/ ١٢٠، مستدرك الحاكم ١/ ١٧٢، التحقيق لابن الجوزي ١/ ١٩٥".

٦ هذا المثال من باب إطلاق المصدر على اسم المفعول، وقد سبق ذكره في القسم الأول من النوع السابق ص١٦٢ فتأمل!.." (١)

"ص -١١٠-...في صيغ العموم

وأعلم أنها عند القائلين بها خمسة أنواع

الأول: ألفاظ الجموع أما المعرفة كالرجال والمشركين وأما المنكرة كقولهم رجال ومشركون كما قال تعالى {ما لنا لا نرى رجالا}]ص: من الآية٦٢[والمعرفة للعموم إذا لم يقصد بها تعريف المعهود كقولهم أقبل

---

(١) شرح الكوكب المنير - الرقمية، ١/١٦٦

الرجل والرجال أي المعهودون المنتظرون

الثاني: من وما إذا ورد للشرط والجزاء كقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه وفي معناه متى وأين للمكان والزمان كقوله متى جئتني أكرمتك وأينما كنت أتيتك

الثالث :ألفاظ النفي كقولك: ما جاءني أحد وما في الدار ديار

الرابع : الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام لا للتعريف كقوله تعالى :{إن الأنسان لفي خسر}]العصر:٢[وقوله{والسارق والسارقة}]المائدة: من الآية٣٨[أما النكرة كقولك مشرك وسارق فلا يتناول إلا واحدا

الخامس: الألفاظ المؤكدة كقولهم: كل وجميع وأجمعون وأكتعون." (١)

"ص -٢٨٦-...ومن المجاز تسميتهم باسم بعض١ يقول القائل من على رأس كذا يريد نفسه وقال تعالى: {أو ما ملكت أيمانكم} النساء ٣ أى ملككم ومن ذلك قوله فظلت أعناقهم لها خاضعين الشعراء ٤ أى فظلوا ومن ذلك قوله عليه السلام: "**على اليد ما أخذت** حتى ترد"٢ وقد فرع مشايخنا على هذا مسألة إضافة الطلاق إلى اليد والرجل وقد بينا فى الخلافيات وعلى هذا الأصل تفريعات كثيرة.

ومن المجاز تسميتهم الشيء باسم الشيء على معنى التشبيه٣ قال النبي صلى الله عليه وسلم لخالد بن الوليد: "هو سيف من سيوف الله عز وجل"٤ أى كالسيف فى إمضائه وركب فرسا لأبى طلحة فقال وجدناه بحرا شبهه به لسعة الجرى ومنه تسمية الشجاع أسدا والبليد حمارا والشرير كلبا.

ومن وجوه المجاز أيضا تسمية الشيء باسم ما يقابله٥ مثل قوله تعالى: {وجزاء سيئة سيئة مثلها} [الشورى: ٤٠] سمى الثانى سيئة وأن كان جزاء السيئة حقيقة لأنه يقابله وكذلك ق,له تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: ١٩٤] فسمى الثانى اعتداء لمكان المقابلة ومن المجاز تسمية الشيء باسم غيره إذا قام مقامه وسد مسده وقد ورد هذا فى الأشعار.

ومن المجاز حذفهم بعض الكلام على وجه لا يؤدى إلى الالتباس قال الله تعالى: {واسأل القرية} [يوسف: ٨٢] أى أهل القرية وقال تعالى: {الحج أشهر معلومات} [البقرة: ١٩٧] أى وقت الحج أشهر معلومات.

ومن المجاز أيضا الاستعارة فإن العرب تستعير الشيء لنوع مقاربة بينهما قال الله تعالى: {حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر} [البقرة: ١٨٧].

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١١٣/٣١

١ انظر المحصول ١/١٣٦.." (١)

"والحق في ذلك أن يقال: الخاص قد يطلق باعتبارين: الأول وهو اللفظ الواحد الذي لا يصلح مدلوله لاشتراك كثيرين فيه كأسماء الأعلام من زيد وعمرو ونحوه الثاني ما خصوصيته بالنسبة إلى ما هو أعم منه وحده أنه اللفظ الذي يقال على مدلوله وعلى غير مدلوله لفظ آخر من جهة واحدة كلفظ الإنسان فإنه خاص ويقال على مدلوله وعلى غيره كالفرس والحمار لفظ الحيوان من جهة واحدة.

وإذا تحقق معنى العام والخاص فاعلم أن اللفظ الدال ينقسم إلى عام لا أعم منه كالمذكور فإنه يتناول الموجود والمعدوم والمعلوم والمجهول وإلى خاص لا أخص منه كأسماء الأعلام وإلى ما هو عام بالنسبة وخاص بالنسبة كلفظ الحيوان فإنه عام بالنسبة إلى ما تحته من الإنسان والفرس وخاص بالنسبة إلى ما فوقه كلفظ الجوهر والجسم وأما صيغ العموم عند القائلين بها فهي: إما أن تكون عامة فيمن يعقل وما لا يعقل جمعا وأفرادا مثل أي في الجزاء والاستفهام وأسماء الجموع المعرفة إذا لم يكن عهد سواء كان جمع سلامة أو جمع تكسير كالمسلمين والرجال والمنكرة كرجال ومسلمين والأسماء المؤكدة لها مثل كل وجميع واسم الجنس إذا دخله الألف واللام من غير عهد كالرجل والدرهم والنكرة المنفية كقولك لا رجل في الدار وما في الدار من رجل والإضافة كقولك ضربت عبيدي وأنفقت دراهمي.

وإما عامة فيمن يعقل دون غيره كمن في الجزاء والاستفهام تقول من عندك ومن جاءني أكرمته.

وإما عامة فيما لا يعقل إما مطلقا من غير اختصاص بجنس مثل ما في الجزاء كقوله: **على اليد ما أخذت** حتى ترد والاستفهام تقول ماذا صنعت؟ وإما لا مطلقا بل مختصة ببعض أجناس ما لا يعقل مثل متى في الزمان جزاء واستفهاما وأين وحيث في المكان جزاء واستفهاما تقول: متى جاء القوم ومتى جئتني أكرمتك وأين كنت وأينما كنت أكرمتك.

وإذ أتينا على ما أردناه من بيان المقدمة فلنشرع الآن في المسائل وهي خمس وعشرون مسألة.." (٢)

"تقتضي اختيار الحيوان ، ولا نسلم أن الفتح سبب مجرد بل هو في معنى المباشرة لما في طبع الطائر من النفور من الآدمي ، وأما إلقاء غير الحافر للبئر إنسانا ، وإلقاؤه هو نفسه في البئر فالفرق أن قصد

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٥٠/٢٤

(٢) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ١/٤٤٥

الطائر ونحوه ضعيف لقوله صلى الله عليه وسلم { جرح العجماء جبار } ، والآدمي يضمن قصد أو لم يقصد فهذا هو تقرير قاعدة ما يوجب الضمان وقاعدة ما لا يوجبه ، وهاهنا مسألتان (المسألة الأولى) إذا قلنا بالضمان فالضمان على الغاصب يوم الغصب دون ما بعده وعند الشافعي تعتبر الأحوال كلها فيضمنه أعلى القيم ، وتظهر فائدة الخلاف إذا غصبها ضعيفة مشوهة معيبة بأنواع من العيوب فزالت تلك العيوب عنده فعندنا القيمة وعنده الثانية لأنها أعلى ، وكذلك خالفنا في وطء الشبهة فعندنا أول يوم الشبهة وعنده يعتبر أعلى الرتب فيوجب لها صداق المثل في أشرف أحوالها كما يوجب أعلى القيم في الغصب .

لنا قاعدة أصولية ، وهي أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قد رتب الضمان على الأخذ باليد فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان فمن ادعى أن غيره سبب فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } فهذه قرينة تدل على سببية الأخذ كقولنا على الزاني الرجم .

وعلى السارق القطع فإنه يدل على سببية هذه الأوصاف ، وهو في أثناء مدة الغصب لا يصدق عليه أنه." (١)

"(الفرق السابع عشر والمائتان بين قاعدة ما يوجب الضمان وبين قاعدة ما لا يوجبه) أقول هذا الفرق مكرر مع ما تقدم من الفرق الحادي عشر والمائة بين قاعدة ما يضمن وبين قاعدة ما لا يضمن .

وقد وضحته هناك أتم توضيح ، وضممت ما زاده هذا على ما ذكره هناك مع زيادة من بداية المجتهد ، وغيره لكنه ذكر هنا مسألتين تتعلق بهذا الفرق ، ولم أذكرها هناك .

(المسألة الأولى) مشهور مذهبنا الذي حكاه اللخمي عن مالك وابن القاسم أن الضمان على الغاصب يوم الغصب دون ما بعده ، وأن صداق المثل يجب للموطوءة في وطء الشبهة أول يوم الشبهة دون ما بعده ، ووافقنا أبو حنيفة ، وحجتنا في الغصب أمور ثلاثة : (الأمر الأول) القاعدة الأصولية ، وهي أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } قد رتب الضمان على الأخذ باليد فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان .

وقوله صلى الله عليه وسلم ما أخذت قرينة تدل على ذلك كما يدل قولنا : على الزاني الرجم ، وعلى السارق

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٨٥/٧

القطع على سببية هذين الوصفين فمن ادعى أن غير الأخذ باليد سببا بعد ذلك فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ما ذكر .

(الأمر الثاني) القاعدة الأصولية الفقهية ، وهي أن الأصل ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب حين وضع اليد لا ما بعد ذلك ، والمضمون لا يضمن لأنه." (١)

"قال ؛ لأن الله تعالى أمر بالقطع بقوله { فاقطعوا أيديهما } ولم ينف الضمان صريحا ولا دلالة ؛ لأن القطع اسم لفعل معلوم ، وهو الإبانة ولا دلالة له على انتفاء الضمان وانقطاع العصمة أصلا ، ولا هو من ضروراته أيضا ؛ لأنهما مختلفان ، اسما ، وهو ظاهر ، ومقصودا ؛ لأن أحدهما شرع جبرا للمحل والآخر شرع زاجرا بطريق العقوبة ومحلا ؛ لأن محل أحدهما اليد ومحل الآخر الذمة ، وسببا ؛ لأن سبب أحدهما الجناية على حق الله تعالى وسبب الآخر الجناية على حق العبد واستحقاقا ، فإن مستحق القطع هو الله تعالى ومستحق الآخر العبد وإذا اختلفا من كل وجه لا يقتضي ثبوت أحدهما ثبوت الآخر ولا انتفاءه وقد دل الدليل على ثبوته ، وهو العمومات الموجبة للضمان كقوله تعالى ، { وجزاء سيئة سيئة مثلها } ، وكقوله عز اسمه ، { فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } وكقوله عليه السلام ، { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ، فيجب القول به فمن قال بأن القطع يوجب انتفاء الضمان وإبطال العصمة لا يكون هذا عملا بهذا اللفظ الخاص بل يكون زيادة عليه بالرأي أو بخبر الواحد ، وهو قوله عليه السلام ، { لا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه } ، وقد أبيتم ذلك ، وفيه ترك العمل بالعمومات الموجبة للضمان أيضا .

وقوله : أنى بمعنى كيف ، وهو استفهام بمعنى النفي أي لا يكون إبطال عصمة المال عملا به ، والجواب أن ذلك أي إبطال العصمة ثبت بنص يشير إلى إبطالها ، " مقرون " بقوله { والسارق والسارقة } وقد يجوز أن." (٢)

"ومن المجاز أيضا تسمية الشيء باسم ما يقارنه ويجاوزه

قال امرؤ القيس

إذا ما الثريا فى السماء تعرضت

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٩٢/٧

(٢) كشف الأسرار، ٢٥٦/١

قيل إنه أراد به الجوزاء

وفى شعر زهير سمى عاقر الناقة أخا عاد وأراد ثمود لقرب ما بينهما وسموا أهداب العين أشفارا وإنما الأشفار مبيت أهداب العين وعبروا أيضا عن الجفن بالعين وبالمحاجر عن الوجه قال الشاعر

هن الحرائر الأرباب لعمرى

سود المحاجر لا يقرأن بالسور

وقال بعض أصحابنا أن الوجه يعبر به عن العين مجازا ومن هذا قوله تعالى وجوه يومئذ ناضرة إلى ربها ناظرة القيامة ٢٢ ٢٣ معناه أعين يومئذ ناضرة ويعبرون عن الوجه بالناصية فيقولون فلان مبارك الناصية

أى مبارك الوجه ومن المجاز تسميتهم الشىء باسم ما يؤول إليه

قال الله تعالى إني أراني أعصر خمرا يوسف ٣٦ وقال تعالى لهما يأكلون في بطونهم نارا ومن هذا قوله – صلى الله عليه وسلم – فى الذى يشرب فى آنية الذهب والفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جنهم

ومن المجاز تسميتهم الشىء باسم مكانه قال الله تعالى إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع ق ٣٧ أى عقل فكنى عن العقل بالقلب لأنه مكان العقل ومن هذا قوله تعالى لأخذنا منه باليمين الحاقة ٤٦ أى بالقوة لأن اليمين محل القوة ومن هذا أيضا تسميتهم قضاء الحاجة غائطا والشىء النجس عذرة ومن هذا تسمية الولد لهوا قال الله تعالى لو أردنا أن نتخذ لهوا أى ولدا لأنه وضع اللهو

قواطع الأدلة في الأصول ج:١ ص:٢٨٥

ومن المجاز تسميتهم باسم بعض

يقول القائل من على رأس كذا يريد نفسه وقال تعالى أو ما ملكت أيمانكم النساء ٣ أى ملككم ومن ذلك قوله فظلت أعناقهم لها خاضعين الشعراء ٤ أى فظلوا ومن ذلك قوله عليه السلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد

وقد فرع مشايخنا على هذا مسألة إضافة الطلاق إلى اليد والرجل وقد بينا فى الخلافيات وعلى هذا الأصل تفريعات كثيرة." (١)

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ١/٢٥٦

"على أن غسل النجاسات لا يجوز إلا بالماء وهذا غلط ، وليس فيه بيان موضع الخلاف لأن الذي تضمنه الخبر الأمر بغسل دم الحيض بالماء ، ومتى أزيل الدم بخل أو نحوه لم يبق هناك دم تناوله لفظ الخبر ، فإذن لا تعلق لهذا الخبر بمسألة الخلاف .

ومثله استدلال من استدل على نجاسة الماء بموت (الذباب فيه) بقوله تعالى : { حرمت عليكم الميتة } والآية إنما أوجبت تحريم الميتة ، والماء الذي فيه ميتة لا يسمى ميتة فكيف يجوز اعتبار عموم لفظ لم يتناول الماء بحال .

ونظيره استدلال من يستدل على ضمان العارية والسرقة عند الهلاك بقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } .

والخبر إنما أوجب رد المأخوذ بعينه ، والقيمة التي يريد المخالف تضمينها إياه لا ذكر لها في الخبر فاعتبار العموم فيه ساقط .

ومما يكثر استعماله من ألفاظ العموم بين المناظرين حديث القاسم بن محمد عن." (١)

" **على اليد ما أخذت** حتى ترد فقد أقر بفعل موجب للضمان وادعى البراءة فلم يصدق على دعوى البراءة وغرم كما لو قال هدمت جدارك بإذنك ومزقت ثوبك بإذنك

٤٤٧ - إذا استعار شيئا له حمل ومئونة مثل الرحى وغيره ثم أراد أن يرده فمئونة الرد على المستعير وكذلك مئونة الرد على الغاصب

وأما إذا استأجر شيئا له حمل ومئونة فمئونة الرد على المكرى دون المستأجر

والفرق أن يد المستعير يد لنفسه بدليل ما بينا وكذلك الغاصب فلو أوجبنا عليه مئونة الرد لم يثبت له الرجوع على المعير فجاز أن تلزمه المئونة

وليس كذلك المستأجر لأن يده يد للمكرى بدليل ما بينا فلو أوجبنا عليه الأجرة فيما يرد لجعلنا له الرجوع عليه فمن حيث يرد يرجع عليه فلا فائدة في الوجوب

٤٤٨ - قال في الأصل وإن قال المودع بعثت بالوديعة إليك مع رسولي وسمي أجنبيا فهو ضامن حتى يقر المعير بوصولها إليه وكذلك العارية في جميع ذلك

وقال القاضي الإمام رحمه الله وهذا يدل على أنه ليس للمستعير أن يودع وله أن يعير

---

(١) الفصول في الأصول، ٥٤/١

والفرق انه إنما جعل له الإمساك على وجه ينتفع به من غير أن يحبسه عنه والإعارة نوع انتفاع لأنه يحصل له الحمد والشكر وانتفاعه وانتفاع ." (١)

"الأشخاص، إلا أن مدلول أسماء الأنواع أكثر، وهما في الدلالة متساويان.

وحكى ابن حمدان، وأبو يعلى من الحنابلة قولا رابعا، وهو الفرق بين أن تدل قرينة فيكون حجة، كقوله: "جعلت لي الأرض مسجدا وتربتها طهورا" ١ إذ قرينة الامتنان تقتضي الحصر فيه.

قال إمام الحرمين٢: وقد سفه الأصوليون الدقاق، ومن قال بمقالته، وقالوا: هذا خروج عن حكم اللسان، فإن من قال: رأيت زيدا لم يقتض أنه لم ير غيره قطعا، ولإجماع العلماء على جواز التعليل والقياس، فهو يقتضي أن تخصيص الربا بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه، ولو قلنا به بطل القياس.

قال : وعندي أن المبالغة في الرد عليه سرف، لأنه لا يظن بعاقل التخصيص بالذكر من غير غرض. ثم اختار إمام الحرمين أن التخصيص بالاسم يتضمن غرضا مبهما، ولا يتعين انتفاء غير المذكور.

ثم قال : وأنا أقول وراء ذلك، لا يجوز أن يكون من غرض المتكلم في التخصيص نفي ما عدا المسمى بلقبه، فإن الإنسان لا يقول: رأيت زيدا، وهو يريد الإشعار بأنه لم ير غيره. فإن هو أراد ذلك قال: إنما رأيت زيدا، وما رأيت إلا زيدا، وحاصله أن التخصيص باللقب يتضمن غرضا مبهما، ولا يتضمن انتفاء الحكم في المسكوت. والدقاق يقول: يتضمن غرضا معينا.

واختار الغزالي في "المنخول"٣ أنه حجة مع قرائن الأحوال. قال: ولهذا رددنا على ابن الماجشون في تعليله تخصيص الأربعة في الربا بالذكر، حيث علل الربا بالمالية العامة، إن قلنا: لم تكن الأشياء الأربعة غالب ما يعامل به، وكان [الحجاز مصب التجار] في الأعصار الخالية، فلو ارتبط الحكم بالمالية لكان التنصيص عليها أسهل من التخصيص، كما في العارية "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" ٤ فكان هذا مأخوذا من قرائن الأحوال مع التخصيص باللقب.

_

١ الحديث رواه البخاري كتاب التيمم، باب قول الله تعالى: {فلم تجدوا ماء فتيمموا} حديث ٣٣٥ عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجدا وطهورا..." الحديث، ورواه مسلم ٥٢١ بلفظ "وجعلت لي الأرض طيبة

---

(١) الفروق، ٣٠/٢

طهورا ومسجدا، فأيما رجل أدركته الصلاة صلى حيث كان..." الحديث.

٢ انظر البرهان ١/٤٧٠.

٣ انظر المنخول ص: ٢١٧.

٤ سبق تخريجه.." (١)

"اعلم – رحمك الله تعالى – أن الواجب هو أداء الحقوق إلى أصحابها إذا عرفوا ولا يجوز منع أصحابها منها بغصب أو مماطلة ونحو ذلك ، بل إذا عرف صاحب الحق فهو أحق به من غيره ، سواء كان صاحب الحق فردا أو جهة معينة ؛ لأن هذا من أداء الأمانات وقد قال الله تعالى : { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } وهو نص عام في جميع الأمانات الواجبة على الإنسان من حقوق الله عز وجل على عباده من الصلاة والزكاة والصيام والكفارات والنذور وغير ذلك مما هو مؤتمن عليه لا يطلع عليه العباد ، وكذلك حقوق العباد بعضهم على بعض كالودائع وغيرها ، وعن سمرة بن جندب – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم ، وعن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : (أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك) رواه أبو داود والترمذي وحسنه وصححه الحاكم ، وعنه – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله) رواه البخاري ، وقال الله تعالى : { فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه } فالقاعدة العامة في الشريعة هو أن الإنسان يجب عليه أداء الحقوق إلى أصحابها ، لكن هذا إذا كان أصحابها معروفين ، أما إذا كانوا لا يعرفون وليس إلى معرفتهم سبيل أو علمناهم ولكن جهلناهم ، فما العمل حينئذ في هذا الحق ؟ هذا هو ما تقرره هذه القاعدة وهو أن صاحب الحق إذا جهل فإنه ينزل منزلة المعدوم أي كأنه لم يوجد ، والمعدوم هو الذي ليس في حيز الوجود ، فكل ما ليس في حيز الوجود فهو معدوم ، فننزل صاحب هذا الحق منزلة المعدوم أي نخرجه عن حيز الوجود ،." (٢)

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٣/١٠٨

(٢) تلقيح الافهام العلية بشرح القواعد الفقهية، ٣/٦١

" عاما بهذا فلا بأس فإن قيل فهل يجوز أن يقال هذا عام مخصوص وهذا عام قد خصص قلنا لا لأن المذاهب ثلاثة مذهب أرباب الخصوص ومذهب أرباب العموم ومذهب الواقفية

أما أرباب الخصوص فإنهم يقولون لفظ المشركين مثلا موضوع لأقل الجمع وهو للخصوص فكيف يقولون إنه عموم قد خصص

وأما أرباب العموم فيقولون هو الاستغراق فإن أريد به البعض فقد تجوز به عن حقيقته ووضعه فلم يتصرف في الوضع ولم يغير حتى يقال إنه خصص العام أو هو عام مخصوص

وأما الواقفية فإنهم يقولون إن اللفظ مشترك وإنما ينزل على خصوص أو عموم بقرينة وإرادة معينة كلفظ العين فإن أريد به الخصوص فهو موضوع له لا أنه عام قد خصص وإن أريد به العموم فهو موضوع له لا أنه خاص قد عمم فإذا هذا اللفظ مؤول على كل مذهب فيكون معناه أنه كان يصلح أن يقصد به العموم فقصد به الخصوص وهذا على مذهب الوقف وعلى مذهب الاستغراق أن وضعه للعموم واستعمل في غير وضعه مجازا فهو عام بالوضع خاص بالإرادة والتجوز وإلا فالعام والخاص بالوضع لا ينقلب عن وضعه بإرادة المتكلم فإن قيل فما معنى قولهم خصص فلأن عموم الآية والخبران كان العام لا يقبل التخصيص قلنا تخصيص العام محال كما سبق وتأويل هذا اللفظ أن يعرف أنه أريد باللفظ العام بالوضع أو الصالح لإرادة العموم الخصوص فيقال على سبيل التوسع لمن عرف ذلك أنه خصص العموم أي عرف أنه أريد به الخصوص ثم من لم يعرف ذلك لكن اعتقده أو ظنه أو أخبر عنه بلسانه أو نصب الدليل عليه يسمى مخصصا وإنما هو معرف ومخبر عن إرادة المتكلم ومستدل عليه بالقرائن لا أنه مخصص بنفسه هذه هي المقدمة

أما الأبواب فهي خمسة الباب الأول في أن العموم هل له صيغة أم لا واختلاف المذاهب فيه

الباب الثاني في تمييز ما يمكن دعوى العموم

فيه عما لا يمكن

الباب الثالث في تفصيل الأدلة المخصصة

الباب الرابع في تعارض العمومين

الباب الخامس في الاستثناء والشرط

الباب الأول في أن العموم هل له صيغة في اللغة أم لا

ولنشرح أولا صيغ العموم عند القائلين بها ثم اختلاف المذاهب ثم أدلة أرباب الخصوص ثم أدلة أرباب العموم ثم أدلة أرباب الوقف ثم المختار فيه عندنا ثم حكم العام عند القائلين به إذا دخله التخصيص فهذه سبعة فصول في صيغ العموم

وأعلم أنها عند القائلين بها خمسة أنواع الأول ألفاظ الجموع أما المعرفة كالرجال والمشركين وأما المنكرة كقولهم رجال ومشركون كما قال تعالى ما لنا لا نرى رجالا (ص ٦٢) والمعرفة للعموم إذا لم يقصد بها تعريف المعهود كقولهم أقبل الرجل والرجال أي المعهودون المنتظرون

الثاني من وما إذا ورد للشرط والجزاء كقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له

وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه وفي معناه متى وأين للمكان والزمان كقوله متى جئتني أكرمتك وأينما كنت أتيتك

الثالث ألفاظ النفي كقولك ما جاءني أحد وما في الدار ديار

الرابع الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام لا للتعريف كقوله تعالى إن الإنسان لفي خسر (العصر ٢) وقوله والسارق والسارقة (المائدة ٣٨) أما النكرة ." [1]

"ص -١١٠-...في صيغ العموم

وأعلم أنها عند القائلين بها خمسة أنواع

الأول: ألفاظ الجموع أما المعرفة كالرجال والمشركين وأما المنكرة كقولهم رجال ومشركون كما قال تعالى {ما لنا لا نرى رجالا}]ص: من الآية٦٢[والمعرفة للعموم إذا لم يقصد بها تعريف المعهود كقولهم أقبل الرجل والرجال أي المعهودون المنتظرون

الثاني: من وما إذا ورد للشرط والجزاء كقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه وفي معناه متى وأين للمكان والزمان كقوله متى جئتني أكرمتك وأينما كنت أتيتك

الثالث :ألفاظ النفي كقولك: ما جاءني أحد وما في الدار ديار

الرابع : الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام لا للتعريف كقوله تعالى :{إن الأنسان لفي خسر}]العصر:٢[وقوله{والسارق والسارقة}]المائدة: من الآية٣٨[أما النكرة كقولك مشرك وسارق فلا

---

(١) المستصفى، ص/٢٢٥

يتناول إلا واحدا

الخامس: الألفاظ المؤكدة كقولهم: كل وجميع وأجمعون وأكتعون." (١)

" من غير عهد (كالرجل والدرهم) والنكرة المنفية كقولك (لا رجل في الدار) و (ما في الدار من رجل) والإضافة كقولك (ضربت عبيدي) و (أنفقت دراهمي)

وإما عامة فيمن يعقل دون غيره (كمن) في الجزاء والاستفهام تقول من عندك ومن جاءني أكرمته

وإما عامة فيما لا يعقل إما مطلقا من غير اختصاص بجنس مثل (ما) في الجزاء كقوله **على اليد ما أخذت** حتى ترد والاستفهام تقول ماذا صنعت وإما لا مطلقا بل مختصة ببعض أجناس ما لا يعقل مثل (متى) في الزمان جزاء واستفهاما و (أين) و (حيث) في المكان جزاء واستفهاما تقول متى جاء القوم ومتى جئتني أكرمتك وأين كنت وأينما كنت أكرمتك

وإذ أتينا على ما أردناه من بيان المقدمة فلنشرع الآن في المسأل وهي خمس وعشرون مسألة المسألة الأولى اتفق العلماء على أن العموم من عوارض الألفاظ حقيقة واختلفوا في عروضه حقيقة للمعاني فنفاه الجمهور وأثبته الأقلون

وقد احتج المثبتون بقولهم الإطلاق شائع ذائع في لسان أهل اللغة بقولهم عم الملك الناس بالعطاء والإنعام وعمهم المطر والخصب والخير وعمهم القحط

وهذه الأمور من المعاني لا من الألفاظ

والأصل في الإطلاق الحقيقة

أجاب النافون بأن الإطلاق في مثل هذه المعاني مجاز لوجهين الأول أنه لو كان حقيقة في المعاني لاطرد في كل معنى إذ هو لازم الحقيقة وهو غير مطرد

ولهذا فإنه لا يوصف شيء من الخاصة ." (٢)

"الله تعالى ، أي مراده الناشئ عن إرادته . والنوع الثالث عشر : وهو إطلاق الحال على المحل ، كتسمية الكيس مالا والكأس خمرا . ومنه ({ وأما الذين ابيضت وجوههم ففي رحمة الله هم فيها خالدون }) أي في الجنة ؛ لانها محل الرحمة . والنوع الرابع عشر : وهو إطلاق البعض على الكل . ومنه قوله

---

(١) المستصفى من علم الأصول، ١١٣/٢

(٢) الإحكام للآمدي، ٢٢٠/٢

تعالى (فتحرير رقبة) والعتق إنما هو للكل . ومنه قوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } فالمراد صاحب اليد بكماله ، ومنه قوله تعالى ({ كل شيء هالك إلا وجهه }) والنوع الخامس عشر : وهو إطلاق المتعلق - بفتح اللام - على المتعلق - بكسرها - كقوله صلى الله عليه وسلم { تحيضي في علم الله ستا أو سبعا } فإن التقدير : تحيضي ستا أو سبعا . وهو معلوم الله تعالى . والنوع السادس عشر : وهو إطلاق ما بالفعل على ما بالقوة ، كتسمية الآنسان الحقيقي نطفة . وهذا آخر ما دخل تحت قوله " وبالعكس في الكل " (و) النوع السابع عشر : أن يتجوز (باعتبار وصف زائل) كإطلاق العبد على العتيق . ومنه ({ وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم }) عند الأكثر ، ومثله قوله تعالى ({ ولكم نصف ما ترك أزواجكم }) وقوله صلى الله عليه وسلم { أيما رجل وجد ماله عند رجل قد أفلس فصاحب." (١)

"كذلك لا تعود النجاسة بعد الحكم بزوالها بغير المائعات، فلو دبغ الجلد بالتشمس ونحوه، وفرك الثوب من المني، وجفت الأرض بالشمس، والخف بالدلك، ثم أصابها ماء طاهر لا تعود النجاسة.

كذلك الإقالة بعد الإقالة في السلم لا تصح، لأن السلم دين سقط بالإقالة، فلو صحت الإقالة الثانية لزم عود السلم والساقط لا يعود.

-- القاعدة الثانية عشرة:

قاعدة: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه):

وفي رواية: (تؤدي):

أصل هذه القاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي كريم رواه أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم، في مستدركه كلهم عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، وحسنه الترمذي.

معنى هذا الحديث: (إن من أخذ شيئا بغير حق كان ضامنا له ولا تبرأ ذمته حتى يرده).

المراد باليد هنا: صاحبها من إطلاق البعض وإرادة الكل، وعبر باليد لأن بها الأخذ والإعطاء.

أنواع الضمان: الضمان نوعان:

(ا) ضمان عقد.

---

(١) الكوكب المنير شرح مختصر التحرير، ١/٨٣

(ب) ضمان يد.

فضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله.

وضمان اليد مرده المثل أو القيمة.

والمقصود في القاعدة ضمان اليد لا العقد.

أمثلة على القاعدة:

من أخذ بدل صلح ثم اعترف قابضه بعد الصلح أنه لا حق له فيه وجب عليه رد ما أخذ.

وكذلك لو دفع إنسان مالا على ظن أنه مدين به ثم تبين له خطؤه فعلى الآخذ الرد.

وإذا التقط اللقطة لنفسه كان غاصبا ضامنا حتى يؤديها لصاحبها، وهذا مبني على أنه لا يجوز التصرف في مال غيره بغير إذن منه أو ولاية.

-- القاعدة الثالثة عشرة:

قاعدة: (ليس لعرق ظالم حق):

أصل هذه القاعدة:

هذه القاعدة أيضا جزء من حديث نبوي كريم رواه أبو داود والنسائي والترمذي ويحيى بن آدم في كتاب الخراج، وأبو عبيد القاسم بن سلام في بحث أحياء موات الأرض من كتابه الأموال، كما رواه قبل أبو يوسف في كتابه الخراج.

ونص الحديث: (من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق).

معنى الحديث: لغة:." (١)

"١٢- والخراج بالضمان : وأصلها حديث عن عائشة بنصها(١)، كأجرة المبيع مدة الخيار على المشتري ، لأنه يضمن تلفه .

قال الزركشي . رحمه الله . : (هو حديث صحيح ، ومعناه : ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالغلة له ، ليكون الغنم في مقابله الغرم)(٢).

١٣- وبمعناها : الغرم بالغنم : كالعين المرهونة نفقتها على المنتفع بها .

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٧١/٢

١٤- **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه ، وأصلها حديث بنصها(٣).

١٥- وبمعناها حديث في السنن بلفظ : " الزعيم غارم "(٤)، أي : ضامن .

١٦- والفعل يضاف إلى المباشر لا الآمر ، ما لم يكن معذورا .

١٧- وليس لعرق ظالم حق : وأصلها حديث أخرجه البخاري معلقا عن عمرو بن عوف بنصها(٥)، ومعناها : الظلم لا يكسب الظالم حقا .

* القاعدة الكلية : إعمال الكلام أولى من إهماله :

معناها : حمل الكلام على إفادة معنى ما أمكن مقدم على إلغاء إفادته وإهمال معناه .

القواعد المتفرعة عنها :

١- الأصل في الكلام الحقيقة ، فإن تعذرت يصار إلى المجاز ، وإلا أهمل : كالإقرار بجناية لم تقع .

والحقيقة : اللفظ المستعمل فيما اصطلح عليه عند التخاطب .

---

(١) . أخرجه أبو داود برقم (٧٧٩) ، والترمذي برقم (١٢٨٥) ، وقال : حسن صحيح ، والنسائي برقم (٤٥٠٢) ، وابن ماجه برقم (٢٢٤٢) .

(٢) . المنثور في القواعد للزركشي ١١٩/٢ .

(٣) . أخرجه أبو داود برقم (٣٥٦١) ، والترمذي برقم (١٢٦٦) ، وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه برقم (٢٤٠٠) .

(٤) . أخرجه أبو داود برقم (٣٥٦١) ، والترمذي برقم (١٢٦٦) ، وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه برقم (٢٤٠٠) .

(٥) . أصله مخرج في البخاري برقم (٢١٦٦) (١٤٤/٨) ، وأخرجه الترمذي برقم (١٣٧٨) ، وقال : حسن غريب ، وصحّحه الألباني بلفظه في مختصر إرواء الغليل (٦/٦) برقم (١٥٥١) ، وانظر أيضا : فتح الباري لابن حجر (١٨/٥) السلفية .." (١)

---

(١) المنهاج في علم القواعد الفقهية، ص/١٢

"(وضمن) الغاصب الشيء المغصوب (ب) مجرد (الاستيلاء) عليه وحوزه ولو تلف بسماوي أو جناية غيره لقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } لأن على للوجوب وقد رتبه صلى الله عليه وسلم على وصف الأخذ فأفاد أنه سبب للضمان .

" ق " ابن عرفة مجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه ، ولو تلف بسماوي أو جناية غيره عليه .

ابن يونس يضمنه يوم غصبه وإن هلك من ساعته بأمر من الله تبارك وتعالى أو جناية غيره أو كان دارا فانهدمت .

ابن عرفة مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب فيوجب الضمان .

روى ابن وهب من غصب عبدا فمات من وقته ضمنه ، وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارا فلم يسكنها حتى انهدمت غرم قيمتها ، وقاله أشهب ، وذلك كله في العروض وغيرها ونص ابن عرفة ومجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه ولو تلف بسماوي أو بجناية غيره عليه ففيها ما مات من الحيوان أو انهدم من ربع بيد غاصبه بقرب غصبه أو بغير قربه بغير سببه يضمن قيمته يوم غصبه ، وإن تعيب يضمن تمام قيمته .

ابن الحاجب ويكون بالتفويت بالمباشرة أو بإثبات اليد العادية ، فالمباشرة كالقتل ، والأكل والإحراق وإثبات اليد العادية في المنقول بالنقل ، وفي العقار بالاستيلاء وإن لم يسكن .

قلت قالوا ضمير يكون عائد على الضمان .

ابن عبد السلام قوله إثبات اليد العادية في المنقول بالنقل هذا الوجه من وجهي إثبات اليد العادية سبب اتفاقا ، وهو نقل ما يمكن نقله كالحيوان والثياب." (١)

"ضرب ضربا يجوز له ونشأ منه فساد لا شيء عليه وكذلك القاضي إذا حد حدا ونشأ منه فساد فلا شيء عليه

ثم انتقل يتكلم على ما ختم به الترجمة وهو الغصب وهو في الاصطلاح أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة وحكمه الحرمة لقوله تعالى { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } وغير ذلك من الآيات وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين من أخذ شبرا من أرض ظلما فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٤/٣٠٥

والإجماع على ذلك ومن أحكامه الضمان وإليه أشار بقوله (والغاصب ضامن لما غصب) القرافي وهو أي الغاصب كل آدمي يتناوله عقد الإسلام أو الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده وهو عام فيما ذكرناه والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب إن فات المغصوب (فإن) لم يفت (رد)

(١) ".

"ومن أحكامه الضمان وإليه أشار بقوله : (والغاصب ضامن لما غصب) القرافي : وهو أي الغاصب كل آدمي يتناوله عقد الإسلام أو الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام : { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } وهو عام فيما ذكرناه ، والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب إن فات المغصوب (فإن) لم يفت (رد) الغاصب (ذلك) المغصوب (بحاله) إن لم يتغير في بدنه ولم تحل أسواقه (فلا شيء) أي لا قيمة (عليه) وإنما يلزمه الأدب والتوبة والاستغفار من إثم الاغتصاب

(٢) ".S

"[قوله : والغاصب ضامن إلخ] أي آيل للضمان لا أنه ضامن بالفعل بدليل قوله ، فإن رد .

[قوله : كل آدمي يتناوله عقد الإسلام أو الذمة] خرج أخذ الحربي مال المسلم قهرا فلا يقال له غصب شرعا .

[قوله : لقوله] دليل لقول المصنف والغاصب ضامن لما غصب ، وقوله : **على اليد ما أخذته** أي أخذته خبر مقدم ومبتدأ مؤخر أي ملزمة بدفعه إن كان باقيا أو قيمته أو مثله إن فات والمراد ذي اليد .

[قوله : وهو عام فيما ذكرناه] أي من كل آدمي تناوله إلخ [قوله : والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب] ومقابله ما لأشهب وابن وهب وعبد الملك يضمن بالأكثر من يوم الغصب إلى يوم التلف لأنه في كل زمن غاصب [قوله : فإن لم يفت رد إلخ] تقديره لم يفت يقتضي أن الشرط محذوف ، وأن قوله : رد هو الجواب وحينئذ يخلو قوله فلا شيء عليه عن أن يكون جوابا فلعل الشارح لاحظ عاطفا محذوفا أي فإن لم يفت ورد إلخ .

(١) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، ٣٦٩/٢

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٤٦٥/٦

[قوله : ولم تحل أسواقه] المعتمد أن حوالة الأسواق لا تعتبر فهي كالعدم فلا يأخذ رب السلعة إلا سلعته فقط كما في التحقيق [قوله : وإنما يلزمه الأدب] بمعنى أن الغاصب يجب على الحاكم تأديبه ولو كان صبيا ويسجن لحق الله باجتهاد الحاكم وأدب الصبي لأجل الفساد فقط لا لأجل التحريم ، كما يؤدب على الزنا والسرقة تهذيبا للأخلاق ، ويؤدب الغاصب ولو عفا عنه المغصوب منه لأنه حق الله دفعا للفساد .

[قوله : والاستغفار] عطف مرادف إذ الفقهاء إذا أطلقوا الاستغفار." (١)

"(وفي) قوله : (أعرت إبلي) مثلا (منك لكي تعيرني) دابتك (إجاره) نظرا للمعنى لكنها (تفسد) أي فاسدة للتعليق فلكل منهما على الآخر أجرة مثل ماله (و) قوله لغيره (اغسل ثوبي) بفتح الياء (استعاره لبدن) أي بدنه فلا أجرة له ، وإن كان ممن يعتاد أخذها على فعله وهذا مندرج تحت قوله في باب الإجارة وإلا أجر لما بدون شرط عملا وسيأتي الكلام عليه أما لو قال اغسله لأرضيك أو أعطيك حقك فإجارة فاسدة فله أجرة مثله (ومؤن الرد) للعارية حيث له مؤنة أخذها من المستعير لخبر { : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط البخاري ولئلا يمتنع الناس منها ويستثنى ما إذا استعار من مستأجر أو موصى له بالمنفعة أو نحوهما ورد على المالك فمؤنة الرد على المالك كما لو رد عليه المعير بخلاف ما إذا رد على المعير والتصريح بقوله : (كفي سوم) من زيادته أي كما تؤخذ مؤنة رد المقبوض بجهة السوم من المستام قال في الروضة والرد المبرئ من الضمان أن يسلم العين للمالك أو وكيله في ذلك فلو رد الدابة للإصطبل أو الثوب ونحوه للبيت الذي أخذه منه لم يبرأ ولو لم يجد المعير فسلمها لزوجته أو ولد فأرسلها إلى المرعى فضاعت فالمعير إن شاء غرم المستعير أو المتسلم والقرار عليه (وقيمة ليوم التلف إلا بالاستعمال) أي وقيمة المعار أو بعضه يوم تلفه بغير الاستعمال ولو فيه (خذها مطلقا) عن التقييد بتقصير وبعدم اشتراط." (٢)

"(ورد) وجوبا (ما يغصبه) وإن بطل معظم منافعه كتمزيقه الثوب خرقا كما سيأتي ، أو زال عنه اسمه كخبزه الدقيق لخبر : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } (مع الذي زاد) فيه ؛ لأنه ملك المالك سواء زاد فيه من نفسه كالولد أم من غيره ، وكان أثرا محضا كقصارة الثوب وخياطته بخيط المالك ، وضرب

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٤٦٦/٦

(٢) شرح البهجة الوردية، ٢٤٧/١١

الطين لبنا ونسج الغزل ثوبا إن لم يمكن رد المغصوب إلى ما كان ، أو أمكن ورضي به المالك إلا أن يكون له في الرد غرض كأن غصب فضة ، وضربها دراهم بغير إذن الإمام ، أو بغير عياره ، فله الرد إلى ما كان لخوف التغرير ، فإن ألزمه المالك الرد إلى ما كان لزمه ذلك مع أرش نقصه إن نقص عما قبل الزيادة ، أما إذا كان عينا كأن صبغ الثوب المغصوب بصبغه أو بمغصوب لغير مالك الثوب فلا يرده لمالك الثوب كما سيأتي (وضمنه) أنت الزائد (ولو) حصل (بفعله) أي : الغاصب فلو اتخذ من النقرة حليا ثم رده بغير رضى المالك إلى ما كان ضمن أرش الصنعة ، وإن حصلت منه ؛ لأنها صارت تابعة للنقرة
S." (١)

"فالأخرى ، ولا يقطعان بسرقة واحدة بخلاف الأصبع الزائدة فإنه لا يقع عليها اسم يد قال الرافعي وهذا أحسن والنووي إنه الصحيح المنصوص ، وجزم به جماعة قال في المجموع في صفة الوضوء ، وقول الغزالي قال الأصحاب : يقطعان جميعا غير موافق عليه ، بل أنكروه ، وردوه فالصواب الاكتفاء بإحداهما ، والكف مذكر في لغة جرى عليها الناظم ، والمشهور تأنيثها ، وعليها جرى في نسخة بقوله : وربة النقص ولو كفان وفردة والأصل للإمكان (برده) أي : يقطع السارق مع وجوب رده (المال) المسروق إن بقي
.

(و) مع (غرم) بدل (ما فرط) أي : ما تلف منه لخبر أبي داود { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ، ولأن القطع لله تعالى ، والضمان للآدمي ، فلا يمنع أحدهما الآخر (فإن يعد ، أو فقدت لا إن سقط
.

بآفة من بعد رجل يسرى) أي : فإن عاد للسرقة ثانيا بعد قطع يمناه ، أو لم يعد لكن كانت يمناه مفقودة قطعت رجله اليسرى من الكعب بخلاف ما إذا سقطت بعد السرقة بآفة ، أو قود ، أو غيرهما ، فلا قطع عليه ؛ لأن القطع تعلق بعينها ، وقد فاتت ، ومثله لو شلت ، وتعذر قطعها قاله في الكفاية عن القاضي ، وأفهم كلام النظم أنه لو لم تقطع يمناه حتى سرق مرارا اكتفى بقطعها ، وهو كذلك لاتحاد السبب كما لو زنى مرارا اكتفى بحد واحد ، وإنما تعددت الكفارة فيما لو لبس ، أو تطيب في الإحرام في مجالس مع

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١١/٣٤١

اتحاد السبب ؛ لأن فيها حقا لآدمي ؛ لأنها تصرف إليه فلم تتداخل بخلاف الحد (ثم) إن عاد ثالثا بعد." (١)

"فرضه المصنف

أما لو قال أعرتكها شهرا من الآن بعشرة أو لتعيرني فرسك سنة من الآن ففيه وجهان أحدهما أنه إجارة صحيحة نظرا للمعنى والثاني عارية صحيحة نظرا للفظ وأصحهما كما في الأنوار الأول

تنبيه قضية كلام الشيخين أن نفقة المستعار ليست على المستعير بل على المالك وهو كذلك لأنها من حقوق الملك كما نقله المصنف في نكت التنبيه وسكت عليه وإلا لم يكن شرطه مفسدا وإن كان في تعليق القاضي حسين أنها على المستعير

(ومؤنة الرد) للعارية إذا كان لها مؤنة (على المستعير) من المالك أو المستأجر أن نحوه كالموصى له بالمنفعة لقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه حسنه الترمذي وصححه الحاكم وأنه أخذها لنفسه بخلاف الوديعة

هذا إن رد على من استعار منه فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة ورد على المالك فمؤنة الرد عليه كما لو رد عليه المستأجر ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك إلا إذا حجر على المالك المعير فإنه لا يجوز الرد إليه بل إلى وليه

ولو استعار مصحفا أو عبدا مسلما من مسلم ثم ارتد وطلبه لم يجز الرد إليه

ثم شرع في أحكام العارية وهي ثلاثة الأول الضمان وقد ذكره بقوله (إن تلفت) أي العين المستعارة عند المستعير (لا باستعمال) لها مأذون فيه (ضمنها وإن لم يفطر) لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتقدم أول الباب بل عارية مضمونة ولأنه مال يجب رده لمالكه فيضمن عند تلفه كالمستام فلو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط كما ذكره الشيخان ولم يتعرضا لصحتها ولا لفسادها

ومقتضى كلام الإسنوي صحتها وإليه يومىء تعبيرهما بأن الشرط لغو

فرع لو أعار عينا بشرط ضمانها عند تلفها بقدر معين فسد الشرط دون العارية كما قاله المتولي وإن قال الأذرعي فيه وقفة

وفي كيفية ضمان العارية خلاف ذكره المصنف آخر الباب

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٢٠٤/١٨

وسكت عن ضمان الأجزاء إذا أتلفت والأصح أنها كالعين وقيل لا يضمنها إلا بالتعدي

ولو استعار حمارة معها جحش فهلك لم يضمنه لأنه إنما أخذه لتعذر حسبه عن أمه وكذا لو استعارها فتبعها ولدها ولم يتعرض المالك له بنفي ولا إثبات فهو أمانة

قاله القاضي ولو استعار عبدا عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه لأنه لم يأخذها ليستعملها بخلاف إكاف الدابة قاله البغوي في فتاويه

واستثنى من ضمان العارية مسائل منها جلد الأضحية المنذورة فإن إعارته جائزة ولا يضمنه المستعير إذا تلف في يده كما قاله القاضي و البلقيني لابتناء يده على يد من ليس بمالك

ومنها المستعار للرهن إذا تلف في يد المرتهن لا ضمان عليه ولا على المستعير كما تقدم في باب الرهن

ومنها لو استعار صيدا من محرم فتلف في يده لم يضمنه في الأصح

ومنها ما لو أعار الإمام شيئا من بيت المال لمن له حق في بيت المال فتلف في يد المستعير فلا ضمان لكن قد تقدم أن هذا ليس بعارية ومثله لو استعار الفقيه كتابا موقوفا على المسلمين لأنه من جملة الموقوف عليهم وقد أفتى الأذرعي بأن الفقيه لا يضمن الكتاب الموقوف على المسلمين إذا استعاره وتلف في يده من غير تفريط

ومنها ما لو أصدق زوجته منفعة أو صالح على منفعة أو جعل رأس مال السلم منفعة فإنه إذا أعارها مستحق المنفعة شخصا فتلفت تحت يده لم يضمن على الأصح

(والأصح أنه) أي المستعير (لا يضمن ما ينمحق) أي يتلف بالكلية (أو ينسحق) أي ينقص كما في المحرر (باستعمال) مأذون فيه لحدوثه عن سبب مأذون فيه فأشبه قوله اقتل عبدي أو اقطع يده

والثاني يضمن لحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فإذا تعذر الرد ضمنه

(والثالث) وهو من زيادة المصنف (يضمن المنمحق) دون المنسحق لأن مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد في المنمحق فيضمنه بخلاف المنسحق

تنبيه تلف الدابة بركوب أو حمل معتادين كالإنمحاق وتعيبها بذلك كالإنسحاق

ولو أعار سيفا يقاتل به فانكسر في القتال لم يضمنه كانسحاق الثوب قاله الصيمري

ويستثنى الهدي والأضحية المنذوران يجوز إعارتهما

قال في أصل الروضة في الأضحية وإن نقصا بذلك ضمن اه

فإن أراد المستعير فهو صريح في الاستثناء وإن أراد المعير لزم منه ضمان المستعير أيضا

وصرح الزركشي أيضا بضمان المعير ثم قال وليس لنا عارية جائزة مع العلم بالحال يضمن المعير فيها

." (١)

"غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى للحديث المار **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فلو لقي المالك بمفازة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف أجرة النقل

وإن امتنع فوضعه بين يديه برىء إن لم يكن لنقله مؤنة

ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز لأنه نقل ملك نفسه ذكر ذلك البغوي

وفي الشرح والروضة في آخر الباب عن المتولي أنه لو رد الدابة لإصطبل المالك برىء إن علم المالك به مشاهدة أو إخبار ثقة ولا يبرأ قبل العلم وأقراه

ولو غصب من المودع والمستأجر والمرتهن برىء بالرد إليهم لا إلى الملتقط لأنه غير مأذون له من جهة المالك وفي المستعير والمستام وجهان أوجههما أنه يبرأ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك لكنهما ضامنان

ولو أخذ من عبد شيئا ثم رده إليه فإن كان سيده دفعه إليه كملبوس العبد وآلات يعمل بها برىء وكذا لو أخذ الآلة من الأجير وردها إليه لأن المالك رضي به قاله البغوي في فتاويه

تنبيه قضية كلام المصنف أنه لا يجب على الغاصب مع رد عين المغصوب شيء

ويستثنى مسألة يجب فيها مع الرد القيمة وهي ما لو غصب أمة فحملت بحر في يده ثم ردها لمالكها فإنه يجب عليها قيمتها للحيولة لأن الحامل بحر لا تباع ذكره المحب الطبري قال وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاؤه للإمام ولا يسقط بإبراء المالك

واستثنى البلقيني من وجوب الرد صورا إحداها إذا ملكه الغاصب بالغصب وذلك في حربي غصب مال حربي ولا يملك الغاصب بالغصب إلا في هذه الصورة لأن مال الحربي غير محترم

الثانية لو غصب خيطا وخاط به جرح حيوان محترم فلا ينزع منه ما دام حيا أي إذا كان يتألم به

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٢٦٧

الثالثة غصب عصيرا عصر بقصد الخمرية فتخمر عنده يريقه ولا يرده

الرابعة كل عين غرمنا الغاصب بدلها لما حدث فيها وهي باقية لا يجب ردها على المالك كما في الحنطة تبتل بحيث يسري إلى الهلاك ونحو ذلك

ويستثنى من وجوب الرد على الفور مسألتان الأولى ما لو غصب لوحا وأدرجه في سفينته وكانت في لجة وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب على الأصح فلا ينزع في هذه الحالة

ثانيهما تأخيره للإشهاد وإن طالبه المالك

فإن قيل هذا مشكل كما قاله بعضهم لاستمرار الغصب

أجيب بأنه زمن يسير اغتفر للضرورة لأن المالك قد ينكره وهو لا يقبل قوله في الرد

(فإن تلف عنده) متمول بآفة أو إتلاف كله أو بعضه (ضمنه) بالإجماع

أما غير المتمول كحبة بر أو كلب يقتنى وزبل وحشرات ونحو ذلك فلا يضمنه ولو كان مستحق الزبل قد غرم على نقله أجرة لم نوجبها على الغاصب

تنبيه يستثنى من ضمان المتمول إذا تلف مسائل منها ما لو غصب الحربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان ولو كان باقيا وجب رده

ومنها لو غصب عبدا وجب قتله لحق الله تعالى بردة ونحوها فقتله فلا ضمان على الأصح

ومنها الرقيق غير المكاتب إذا غصب مال سيده وأتلفه لم يضمنه

ومنها لو قتل المغصوب في يد الغاصب واقتص المالك من القاتل فإنه لا شيء على الغاصب لأن المالك أخذ بدله قاله في البحر

قال الإسنوي وقوله تلف لا يتناول ما إذا أتلفه هو أو أجنبي لكنه مأخوذ من باب أولى ولذا قلت أو إتلاف لكن لو أتلفه المالك في يد الغاصب بأو أتلفه من لا يعقل أو من يرى طاعة الآمر بأمر المالك برىء من الضمان

نعم لو صال المغصوب على المالك فقتله دفعا لم يبرأ الغاصب سواء أعلم أنه عبده أم لا لأن الإتلاف بهذه الجهة كتلف العبد نفسه

وخرج بقول المصنف عنده ما لو تلف بعد الرد إلى المالك فإنه لا ضمان واستثني من ذلك ما لو رده على المالك بإجارة أو رهن أو وديعة ولم يعلم المالك فتلف عند المالك فإن ضمانه على الغاصب وما لو قتل بعد رجوعه إلى المالك بردة أو جناية في يد الغاصب فإنه يضمنه

ثم شرع المصنف في مسائل ذكرها الأصحاب استطرادا يقع فيها الضمان بلا غصب بل بمباشرة كالإتلاف أو سبب كفتح القفص

وقد بدأ بالأول فقال (ولو أتلف مالا في يد مالكه ضمنه) بالإجماع واستثني من ذلك مسائل منها كسر الباب ونقب الجدار في مسألة الظفر

ومنها ما إذا لم يتمكن من دفع الصائل إلا بعقر دابته وكسر سلاحه ونحو ذلك

ومنها ما إذا لم يتمكن من إراقة الخمر إلا بكسر آنيته ومنها ما يتلفه الباغي على العادل

---

(١) ".

"ضمان التعدي كما في الباقي فيها إذ لا تعدي فيه

(ومتى صارت) أي الوديعة (مضمونة بانتفاع وغيره) مما مر (ثم ترك الخيانة لم يبرأ) من الضمان ولا يجوز له بعد التعدي حفظها كما في فتاوي البغوي بل عليه ردها بخلاف المرهون في يد المرتهن والمال في يد الوكيل بعد تعديهما

(فإن أحدث له المالك استئمانا) كقوله استأمنتك عليها أو أبرأتك من ضمانها أو أمره بردها إلى الحرز (برىء في الأصح) لأنه أسقط حقه

والثاني لا يبرأ حتى يردها إليه أو إلى وكيله لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

تنبيه احترز بقوله أحدث عما لو قال له في الابتداء أودعتك فإن خنت ثم تركت الخيانة عدت أمينا فخان ثم ترك الخيانة فلا يعود أمينا قطعا كما نقلاه عن المتولي وأقراه لأنه إسقاط ما لم يجب وتعليق للوديعة

قال الأذرعي ولا خفاه أن هذا الاستئمان إنما هو للمالك خاصة لا للولي والوكيل ونحوهما بل لا يجوز لهم ذلك ولو فعلوه لم يعد أمينا قطعا

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٢٧٧

ولو أتلف الوديع الوديعة ثم أحدث له المالك استئمانا في البدل لم يبرأ بلا خلاف لأن الواجب عليه أن يرد البدل إلى المالك

ثم شرع في الحكم الثالث وهو ردها عند بقائها على مالكها إذا طلبها فقال (ومتى طلبها) أي الوديعة (المالك) أو وارثه بعد موته وهو أهل للقبض (لزمه) أي الوديع (الرد) لقوله تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها }

أما إذا لم يكن أهلا للقبض كمحجور عليه فلا يلزمه الرد إليه بل يحرم فإن رد عليه ضمن

ولو رد على المالك في حال سكره قال القفال في فتاويه يحتمل أن يقال لا ضمان لأن السكران مخاطب بخلاف الصبي اه

وهذا ظاهر

وليس المراد برد الوديعة حملها إلى مالكها بل يحصل (بأن يخلي بينه وبينها) فقط وليس له أن يلزم المالك الإشهاد وإن كان أشهد عليه عند الدفع فإنه يصدق في الدفع بخلاف ما لو طلبها وكيل المودع لأنه لا يقبل قوله في دفعها إليه

ولو كان الذي أودعه حاكما ثم طلبه فعليه أن يشهد له بالبراءة لأنه لو عزل لم يقبل قوله قاله الاصطخري في أدب القضاء

قال الزركشي ويجيء مثله إذا كان المودع ينوب عن غيره بولاية أو وصية

ولو أودع شخص يعرف باللصوصية وديعة عند آخر وغلب على ظن الوديع أنها لغيره ثم طالبه بالرد هل يلزمه أو يتوقف فيه ويطلب صاحبها فإذا لم يظهر مع امتداد الزمان رده احتمالان في البحر والذي يظهر أنه ليس له امتناع لظاهر اليد

ولو بعث شخص رسولا لقضاء حاجة وأعطاه خاتمه أمارة لمن يقضي له الحاجة وقال رده علي بعد قضائها فوضعه بعد قضائها في حرز مثله لم يضمن إذ لا يجب عليه إلا التخلية لا النقل

ولو قال من عنده وديعة لمالكها خذ وديعتك لزمه أخذها كما في البيان وعلى المالك مؤنة الرد

تنبيه ما ذكره المصنف حيث لا شريك للمودع فلو أودعه اثنان وجاء أحدهما يسترد نصيبه لم يدفعه إليه كما جزم به الرافعي لأنهما أنفقا في الإيداع فكذا في الاسترداد بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه

واحترز بتفسير الرد بالتخلية عن رد الأمانات الشرعية كثوب طيرته الريح في داره فإن ردها بالإعلام بحصولها في يده

(فإن أخر) رد الوديعة بالمعنى المذكور (بلا عذر ضمن) لتعديه فإن تأخر لعذر كصلاة وطهارة وملازمة غريم وأكل لم يضمن

هذا إن كان العذر لا يطول زمنه فإن كان يطول كنذر اعتكاف شهر مثلا أو إحرام يطول زمنه قال الأذرعي فينبغي أن يقال إن تمكن من توكيل أمين متبرع يخلي بينها وبين ربها لزمه ذلك فإن أخر ضمن فإن لم يمكن ذلك فليرفع المالك الأمر إلى الحاكم ليبعث إليه بعد ثبوت الإيداع عنده أن يبعث معه من يخلي بينه وبينها فإن أبى بعث معه الحاكم أمينا يسلمها إليه كما لو كان الوديع غائبا اه

ولو قال له المالك أعط وكيلي فلانا وتمكن ضمن بالتأخير ولو لم يطالبه الوكيل وكذا من يعرف مالك الضالة وما طيرته الريح

وإن أخر عن وكيل حتى يشهد عليه لم يضمن لما مر أنه لا يقبل قوله في الرد إليه أو ليعطي آخر وقد قال له أعطها أحد وكلائي ضمن فإن قال مع ذلك ولا تؤخر فأخر عصى أيضا فإن قال أعط من شئت منهم لم يعص بالتأخير ولم يضمن في أحد وجهين

." (١)

"رجل وامرأتان على الغصب أو السرقة ثبت المال دون الطلاق والعتق

تنبيه محل ثبوت المال ما إذا شهدوا بعد دعوى المالك أو وكيله فلو شهدوا حسبة لم يثبت بشهادتهم المال أيضا لأن شهادتهم منصبة إلى المال وشهادة الحسبة بالنسبة إلى المال غير مقبولة

(ويشترط ذكر الشاهد) بسرقة مال (شروط السرقة) الموجبة للقطع ببيان السارق بالإشارة إلى عينه إن كان حاضرا ويذكر اسمه ونسبه بحيث يحصل التمييز إن كان غائبا

واستشكل بأن البينة لا تسمع على غائب في حدود الله تعالى وقد يجاب بأنها إنما سمعت تغليبا لجانب المال ولهذا لا قطع على السارق حتى يحضر المالك ويدعي بما له كما مر وببيان المسروق منه

---

(١) مغني المحتاج، ٣/٩٠

والمسروق وكون السرقة من حرز بتعينه أو وصفته وغير ذلك فلا يكفي الإطلاق إذ قد يظن ما ليس بسرقة سرقة لاختلاف العلماء فيما يوجب القطع

واستثنى البلقيني من إطلاقه مواضع إحداها أن من شروط القطع كون المسروق نصابا وهذا لا يشترطان يذكره الشاهد بل يكفي تعيين المسروق ثم الحاكم ينظر فيه فإذا ظهر له أنه نصاب عمل بمقتضاه ثانيها ومن شروطه كون المسروق ملكا لغير السارق وهذا لا يشترط في شهادة الشاهد بل يكفي أن يقول سرق هذا ثم المالك يقول هذا ملكي والسارق يوافقه ثالثها ومن شروطه عدم الشبهة مقتضاه اعتبار أن يقول في شهادته ولا أعلم له فيه شبهة وقد حكاه في الروضة عن القاضي أبي الطيب وغيره

ثم قال قال صاحب الشامل وليكن هذا تأكيدا لأن الأصل عدم الشبهة فيكون مستثنى على هذا ولكن المعتمد الأول وقياسه اشتراط ذلك في الإقرار بالسرقة ويشترط بإنفاقهما في شهادتهما

(و) حينئذ (لو اختلف شاهدان) في وقت الشهادة (كقوله) أي أحدهما (سرق بكرة و) قول (الآخر) سرق (عشية فباطلة) هذه الشهادة لأنهما شهدا على فعل لم ينفقا عليه

تنبيه قوله فباطلة أي بالنسبة إلى القطع أما المال فإن حلف المسروق منه مع الشاهد أخذ الغرم منه وإلا فلا كذا قالاه والمراد حلف مع من وافقت شهادته دعواه أي الحق في زعمه كما بينه في الكفاية

تنبيه أطلق المصنف الاختلاف والمراد به القادح فإنه لو قال أحدهما سرق كيسا وقال الآخر كيسين ثبت الواحد وتعلق به القطع إن كان نصابا ولو شهد اثنان بسرقة واثنان بسرقة فإن لم يتواردا على عين واحدة ثبت القطع والمالان وإن تواردا على عين واحدة كأن شهد اثنان أنه سرق كذا غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشية تعارضتا فلا يحكم بواحدة منهما وإن شهد له واحد بسرقة ثوب أبيض وآخر بأسود فله أن يحلف مع أحدهما وله مع ذلك أن يدعي الثوب الآخر ويحلف مع شاهده واستحقهما لأن ذلك مما يثبت بالشاهد واليمين ولا يقال تعارضت شهادتهما لأن الحجة لم تتم ولا قطع لاختلاف شهادتهما

(وعلى السارق رد ما سرق) إن بقي لخبر أبي داود **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

وقال أبو حنيفة إن قطع لم يغرم وإن غرم له لم يقطع

وقال مالك إن كان غنيا ضمن وإلا فلا

لأن القطع لله تعالى والضمان لآدمي فلا يمنع أحدهما الآخر ولا يمنع الفقر إسقاط مال الغير ولو كان للمسروق منفعة استوفاها السارق أو عطلها وجبت أجرتها كالمغصوب ولو أعاد المال المسروق إلى الحرز لم يسقط القطع ولا الضمان عنه

وقال أبو حنيفة يسقطان

وعن مالك لا ضمان ويقطع

قال بعض أصحابنا ولو قيل بالعكس لكان مذهبا لدرء الحدود بالشبهات (فإن تلف ضمنه) ببدله جبرا لما فات (وتقطع يمينه) أي يده اليمنى أولا وإن كان أعسر بالإجماع وفي معجم الطبراني أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطع يمينه وكذا فعل الخلفاء الراشدون

وقال تعالى { فاقطعوا أيديهما } وقرىء شاذا فاقطعوا أيمانهما والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج كما نص عليه في البويطي

وقال إمام الحرمين الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يحتج بها فقلده المصنف في ذلك فجزم به في شرح مسلم في قوله شغلونا عن الصلاة الوسطى

قال في المهمات فاحذر ذلك

فإن قيل لم قطعت يد السارق ولم يقطع

". (١)

" فيه ولو استعارها ليركبها فركبها مالكها معه ضمن نصفها فقط ولو قال أعطها لهذا ليجيء معي في شغلي فهو المستعير أو في شغله فالراكب إن وكله وليس طريقا كوكيل السوم وإلا فهو المستعير والقرار على الراكب ومؤنة الرد للعارية حيث كان له مؤنة أو عند الحجر عليه على المستعير من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأنه قبضها لغرض نفسه أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رده عليه معيره وظاهر كلامهم عدم الفرق بين بعد دار هذا عن دار معيره وعدمه ووجهه أنه منزل منزلة معيره ومعيره لو كان في محله لم تلزمه مؤنة فسقط ما للأذرعي هنا ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيرد لوليه فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد نعم لو

---

(١) مغني المحتاج، ٤/١٧٧

استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد مالكه امتنع رده إليه بل يتعين للحاكم فإن تلفت العين المستعارة أو شيء من أجزائها ومنها ما لو أركب مالكها عليها منقطعا وإن قصد به وجه الله تعالى ولم يسأله في ذلك لأنها تحت يده لا باستعمال مأذون فيه كسقوطها في بئر حالة سيرها وقياسه كما قاله الغزي إن عثورها حال الاستعمال بذلك وظاهره عدم الفرق بين أن يعرف ذلك من طبعها أو لا والأوجه تقييده بما إذا لم يكن العثور مما أذن في حمله عليها على أن جمعا اعترضوه بأن التعثر يعتاد كثيرا أي ولا تقصير منه ومحله إن لم يتولد من شدة إزعاجها وإلا فهو ضامن لتقصيره وكأن جنى الرقيق أو صالت الدابة فقتلا للدفع ولو من مالكهما نظير قتل المالك قنه المغصوب إذا صال عليه فقصد دفعه فقط ضمنها بدلا أو أرشا للخبر المار بل عارية مضمونة حتى لو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط كما ذكراه ولم يتعرضا لصحتها ولا فسادها ومقتضى كلام الإسنوي صحتها

". (١)

" خلافا لجمع وفي الثانية وجه واه أنه لا يكون غاصبا عملا بالعرف وشمل كلامه ما في الدار من الأمتعة فيكون غاصبا لها أيضا كما ذكره الخوارزمي وقال الأذرعي وغيره إنه الأقرب وفيه كما قال القمولي إشارة إلى أن المنقول لا يتوقف غصبه على نقله إذا كان تابعا وذهب إليه القاضي ولو سكن بيتا من الدار ومنع المالك منه دون باقي الدار فغاصب للبيت فقط لأنه الذي استولى عليه ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها ولا من يخلفه من أهل ومستعير ومستأجر كما بحثه الأذرعي فغاصب وإن ضعف الداخل وقوي المالك حتى لو انهدمت حينئذ ضمنها لأن قوته إنما هي باعتبار سهولة النزع منه حالا ولا يمنع استيلاءه أما إذا لم يقصد الاستيلاء كأن دخل لتفرج لم يكن غاصبا وإنما ضمن منقولا رفعه لا بقصد ذلك لأن يده عليه حقيقة كما مر ويده على العقار حكمية فتوقفت على قصد الاستيلاء وإن كان المالك أو نحوه فيها ولم يزعجه عنها فغاصب لنصف الدار لاجتماع يدهما فيكون الاستيلاء لهما معا إلا أن يكون ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحب الدار فلا يكون غاصبا لشيء منها وإن قصد الاستيلاء إذ لا عبرة بقصد ما لا يمكن تحققه وأخذ السبكي منه وتبعه الإسنوي وغيره أنه لو ضعف المالك بحيث لا يعد له مع قوة الداخل استيلاء يكون غاصبا لجميعها إذ قصد الاستيلاء عليها غير صحيح كما رده الأذرعي وتبعه الوالد

(١) نهاية المحتاج، ١٢٦/٥

رحمه الله تعالى بأن يد المالك باقية لم تزل فهي قوية لاستنادها للملك والمعارضة بمثله في الداخل الضعيف بقصد الاستيلاء مردودة بوضوح الفرق بأن يد المالك الحسية منتفية ثم فأثر قصد الاستيلاء وموجودة هنا فلم يؤثر قصده معها في رفعها من أصلها وإن ضعفت وحيث لم يجعل غاصبا لم تلزمه أجرة على ما أفتى به القاضي في سارق تعذر خروجه فاختبأ في الدار ليلة لكن قال الأذرعي إنه مشكل لا يوافق عليه ا هـ فالأوجه خلافه والأقرب فيما تقرر أنه لا فرق بين كون المالك وأهله وولده معهما في الدار أو لا ولا بين كون الدار معروفة بصاحبها أو لا وإن قال الأذرعي لم أر فيه شيئا فقد قال الكوهكيلوني في شرح الحاوي إذا ساكن الداخل الساكن بالحق لا فرق بين أن يكون مع الداخل أهل مساوون لأهل الساكن أم لا حتى لو دخل غاصب ومع الساكن من أهله عشرة لزمه النصف ولو كان الساكن بالحق اثنين كان ضامنا للثلث وإن كان معه عشرة من أهله وعلى الغاصب الرد فورا عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده ولو لم يكن متمولا كحبة بر أو كلب يقتنى وسواء أكان مثليا أم متقوما ببلد الغصب أم مستنقلا عنه ولو بنفسه أو فعل أجنبي لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولو وضع العين

". (١)

" المغصوب بعد تلفه لا تعتبر الزيادة الحاصلة فيه بعد التلف من وقت الغصب إلى تعذر المثل لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه لكونه كان مأمورا برد المغصوب فإن لم يفعل غرم أقصى قيمه في تلك المدة إذ ما من حالة إلا وهو مطالب بردها فيها أما لو كان المثل فيها مفقودا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف ومقابل الأصح عشرة أوجه الوجه الثاني يعتبر الأقصى من الغصب إلى التلف والثالث من التلف إلى التعذر والرابع الأقصى من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها والخامس الأقصى من انقطاع المثل إلى المطالبة والسادس الأقصى من التلف إلى المطالبة والسابع الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب والثامن بقيمة يوم الإعواز والتاسع بقيمة يوم المطالبة والعاشر إن كان منقطعا في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز وإن فقد في تلك البقعة فالاعتبار بيوم الحكم بالقيمة ولو نقل المغصوب المثلي أو انتقل بنفسه أو بفعل أجنبي فذكر نقله مثال واقتصاره على المثلي لأنه الذي يترتب عليه جميع التفريعات الآتية التي منها قوله طالبه بالمثل وإلا فنقل المتقوم يوجب المطالبة برده أو قيمته إلى بلد أو محل آخر ولو

(١) نهاية المحتاج، ٥/١٥٠

من بلد واحد إن تعذر إحضاره حالا كما اعتمده الأذرعي أي وإلا فلا يطالبه بالقيمة فللمالك أن يكلفه رده إن علم مكانه للخبر المار **على اليد ما أخذت** وأن يطالبه ولو مع قرب محل المغصوب وأمنه من هربه أو تواريه كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للماوردي ومن تبعه بقيمته أي بأقصى قيمه من الغصب إلى المطالبة في الحال أي قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه ولهذا امتنع عليه المطالبة بالمثل لثبوت التراد فقد يزيد السعر وينحط فيحصل الضرر والقيمة شيء واحد ويملكها الآخذ ملك قرض لانتفاعه بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رجوع العين وقضيته عدم جواز أخذ أمة تحل له بدلها كما لا يحل له اقتراضها والأوجه خلافه إذ الضرورة قد تدعوه إلى أخذها خشية من

(١) ".

" أيضا في أوجه الوجهين وإذا رد المأخوذ لم يزل عنه ضمانه حتى لو تلف الجميع ضمن درهما أو النصف ضمن نصف درهم ولا يضمن الباقي بخلطه به وإن لم يتميز بخلاف رد بدله إن لم يتميز لأنه ملكه فجرى فيه ما لو خلطها بماله ومثل المصنف بمثالين أولهما لنية الإمساك والأخذ وثانيهما لنية الإخراج ولو نوى بعد القبض الأخذ أي قصده قصدا مصمما ولم يأخذ لم يضمن على الصحيح لأنه لم يحدث فعلا ولا وضع يده تعديا لكنه يأثم والثاني يضمن كما لو نواه ابتداء ورده الأول بأن النية في الابتداء اقترنت بالفعل كما مر فأثرت ولا كذلك هنا وأفهم كلامه أنه إذا أخذها يضمنها من وقت نية الأخذ حتى لو نوى يوم الخميس وأخذه يوم الجمعة يضمن المنفعة والأرش من يوم الخميس والمراد بالنية كما قاله الإمام تجديد القصد لأخذها لا ما يخطر بالبال وداعية الدين تدفعه فإنه لا أثر له وإن تردد الرأي ولم يجزم فالظاهر عندنا أنه لا حكم له حتى يجرد قصد العدوان وأجرى الخلاف فيما لو نوى عدم الرد وإن طالب المالك لكن ذكر بعضهم أنه يضمن هنا قطعا لأنه ممسك لنفسه ولو خلطها عمدا أو سهوا كما بحثه الأذرعي بماله أو مال غيره ولو أجود ولم تتميز بأن عسر تمييزها كبر بشعير كما بحثه الزركشي ضمن ضمان المغصوب لأن المودع لم يرض بذلك أما لو تميزت بنحو سكة فلا يضمنها إلا إن نقصت بالخلط فيضمن النقص ولو خلط دراهم كيسين للمودع ولم تتميز وقد أودعهما غير مختومين ضمن تلك الدراهم بما مر في الأصح لتعديه والثاني لا لأن كلا لمالك واحد أما لو كانا مختومين أو أحدهما فيضمن بالفض وإن لم يخلط كفتح

---

(١) نهاية المحتاج، ١٦٤/٥

الصندوق المقفل بخلاف حل خيط يشد به رأس الكيس أو رزمة القماش لأن القصد هنا منع الانتشار لا كتمه عنه ومتى صارت مضمونة بانتفاع وغيره ثم ترك الخيانة لم يبرأ كما لو جحدها ثم أقر بها ويلزمه ردها فورا بخلاف مرتهن أو وكيل تعدى وكأن الفرق ما مر من ارتفاع أصل الوديعة بالخيانة بخلاف غيرها فإن أحدث له المالك الرشيد قبل أن يردها له استئمانا أو إذنا في حفظها أو إبراء أو إيداعا برئ الوديع من ضمانها في الأصح لأنه أسقط حقه والثاني لا يبرأ حتى يردها إليه وإلى وكيله لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وخرج بأحدث قوله له قبل الخيانة إن خنت ثم تركت عدت أمينا فلا يبرأ به قطعا كما نقلاه عن المتولي وأقراه لأنه إسقاط ما لم يجب وتعليق للوديعة وكذا لو أبرأه نحو ولي ووكيل كما قاله الأذرعي ولو أتلفها فأحدث له استئمانا أو نحوه في البدل لم يبرأ ومتى طلبها المالك المطلق التصرف ولو سكران فيما يظهر إلحاقا له بالمكلف لزمه الرد فورا ولا يجوز له التأخير وإن سلمها له بإشهاد

---

(١) ".

" في الحال في الأصح لعدم توقفه على طلب ولأنه لا يباح بالإباحة ومن ثم توقف المهر على حضوره لسقوطه بالإسقاط واحتمال كونها وقفت غير مؤثر لضعف الشبهة فيه ولهذا جريا في باب الوقف على حده بوطء الموقوفة عليه أو أنه نذر له بها كذلك لندرته والثاني ينتظر حضوره للاحتمال المار ويثبت القطع بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنى فلو شهد رجل وامرأتان بعد دعوى المالك أو نائبه أو رجل وحلف معه ثبت المال ولا قطع كما لو ثبت بذلك الغصب المعلق به طلاق أو عتق دونهما حيث تقدم التعليق على الثبوت وإلا وقعا كما مر نظيره في الصوم بخلاف ما لو شهدوا قبل الدعوى فإنه لا يثبت شيء إذ لا تقبل شهادة الحسبة في المال كما مر ويشترط ذكر الشاهد هو للجنس أي كل من شاهديه لشروط السرقة المارة إذ قد يظنان ما ليس بسرقة سرقة فيبينان المسروق منه والمسروق وإن لم يذكرا أنه نصاب لأن النظر فيه وفي قيمته للحاكم بهما أو بغيرهما ولا أنه ملك لغير السارق بل للمالك إثباته بغيرهما وكونها من حرز بتعيينه أو وصفه ويقولان لا نعلم فيه شبهة وغير ذلك كاتفاق الشاهدين ويشير إلى السارق إن حضر وإلا ذكر اسمه ونسبه وما استشكل به من أن البينة لا تسمع على غائب في حد له تعالى يمكن تصويره بغائب متعزز أو متوار بعد الدعوى عليه ولو اختلف شاهدان فيما بينهما كقوله أي أحدهما سرق هذا العين أو ثوبا

---

(١) نهاية المحتاج، ١٢٩/٦

أبيض بكرة و قول الآخر سرقها أو ثوبا أسود عشية فباطلة للتنافي فلا يترتب عليها قطع نعم للمالك الحلف مع أحدهما ومع كل منهما إن وافق شهادة كل دعواه وأخذ المال ولو شهد واحد بكبش والآخر بكبشين ثبت واحد وقطع إن بلغ نصابا وله الحلف مع شاهد الزيادة وأخذها أو اثنان أنه سرق هذه بكرة وآخران أنه سرقها عشية تعارضتا ولم يحكم بواحدة منهما فإن لم يتواردا على شيء واحد ثبتا وقطعا إذ لا تعارض وعلى السارق رد ما سرق وإن قطع لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأن القطع حقه تعالى والغرم حق الآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر

---

(١) ".

" ضمنه بدلا أو أرشا لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه أبو داود والحاكم وصححه على شرط البخاري ويضمن التالف بالقيمة وإن كان مثليا كخشب وحجر على ما جزم به في الأنوار واقتضاه كلام جمع وقال ابن أبي عصرون يضمن المثلي بالمثل وجرى عليه السبكي وهو الأوجه أما تلفه بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان للإذن فيه لا مستعير من نحو مكتر كموصى له بمنفعته فلا ضمان عليه لأنه نائبه وهو لا يضمن فكذا هو بخلاف المستعير من مستأجر إجارة فاسدة لأن معيره ضامن كما جزم به البغوي وعلله بأنه فعل ما ليس له قال والقرار على المستعير ولا يقال حكم الفاسدة حكم الصحيحة في كل ما تقتضيه بل في سقوط الضمان بما تناوله الإذن فقط ونحو من زيادتي كتالف في شغل مالك تحت يد غيره كأن تسلم منه دابته ليروضها له أو ليقضي له عليها حاجة فإنه لا ضمان عليه لأنه نائبه

وله أي للمستعير انتفاع مأذون فيه ومثله ودونه المفهوم بالأولى ضررا إلا إن نهاه المعير عن غير ما عينه فلا يفعله اتباعا لنهيه ف المستعير لزراعة بر بلا نهي يزرعه وشعيرا وفولا لا نحو ذرة لأن ضررهما في الأرض دون ضرر البر وضرر نحو الذرة فوقه لا عكسه أي والمستعير لزراعة شعير أو فول لا يزرع برا لما علم و المستعير لبناء أو غرس يزرع لا عكسه أي والمستعير لزراعة

---

(٢) ".

---

(١) نهاية المحتاج، ٤٦٥/٧

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٤٥٩/٣

" وخمر محترمة لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

وضمان متمول تلف بآفة أو إتلاف بخلاف غير المتمول كحبة بر وكلب وزبل فلا ضمان فيه وكذا لو كان التالف غير محترم كمرتد وصائل أو الغاصب غير أهل للضمان كحربي والتقييد بالمتمول هنا وفيما يأتي من زيادتي واستطردوا هنا مسائل يقع فيها الضمان بلا غصب بمباشرة أو سبب فتبعتهم كالأصل بقولي كما لو أتلفه أي أتلف شخص متمولا بيد مالكه أو فتح زقا مطروحا على أرض فخرج ما فيه بالفتح وتلف

". (١)

" أي الغائب سواء أقال إنه أكرهها عليه أم لا حد حالا لأن حد الزنا لا يتوقف على الطلب فتعبيري بذلك أعم من قوله أو أنه أكره أمة غائب على زنا

ويثبت برجل وامرأتين أو به مع يمين المال فقط أي دون القطع كما يثبت بذلك الغصب المعلق عليه طلاق أو عتق دونهما وعلى السارق رد ما سرق إن بقي أو بدله إن لم يبق لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

وتقطع بعد الطلب يده اليمنى قال تعالى فاقطعوا أيديهما وقرئ شاذا فاقطعوا أيمانهما والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج بها كما مر ويكتفى بالقطع ولو كانت معيبة كفاقدة الأصابع أو زائدتهما لعموم الآية ولأن الغرض التنكيل بخلاف القود فإنه مبني على المماثلة كما مر أو سرق مرارا قبل قطعها لاتحاد السبب كما لو زنى أو شرب مرارا يكتفى بحد واحد وكاليد اليمنى في ذلك غيرها كما هو ظاهر فإن عاد بعد قطع يمناه إلى السرقة ثانيا فرجله اليسرى تقطع ف إن عاد ثالثا قطعت يده اليسرى ف إن عاد رابعا قطعت رجله اليمنى روى الشافعي خبر السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله وإنما قطع من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة عليه فتضعف حركته كما في قطع الطريق من كوع في اليد للأمر به في خبر سارق رداء صفوان وكعب في الرجل لفعل عمر رضي الله عنه كما رواه ابن المنذر وغيره ثم إن عاد خامسا عزر كما لو سقطت أطرافه أولا ولا يقتل وما روي من أنه صلى الله عليه وسلم قتله منسوخ أو مؤول بقتله لاستحلال أو نحوه بل ضعفه الدارقطني وغيره وسن غمس محل قطعه بدهن مغلى

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٤٧٢/٣

". (١)

"من الاعارة.

وبما ذكر علم أنه لا يشترط تعيين المعار، فلو قال أعرني دابة فقال خذ ما شئت من دوابي صحت، (وتكره) كراهة تنزيه (استعارة وإعارة فرع أصله لخدمة و) استعارة وإعارة (كافر مسلما) صيانة لهما عن الاذلال، والاولى مع ذكر كراهة الاستعارة في الثانية من زيادتي، فإن قصد باستعارة أصله للخدمة ترفعه فلا كراهة، بل يستحب كما قال القاضي أبو الطيب وغيره، وكذا لا تكره إعارة الاصل نفسه لفرعه ولا استعارة فرعه وإياه منه، (و) شرط (في الصيغة لفظ يشعر بالاذن في الانتفاع كأعرتك، أو بطلبه كأعرني مع لفظ الآخر أو فعله) وإن تأخر أحدهما عن الآخر كما في الاباحة وفي معنى اللفظ ما مر في الضمان، (و) قوله (أعرتكه) أي فرسي مثلا (لتعلفه) بعلفك (أو لتعيرني فرسك إجارة) لا إعارة نظرا إلى المعنى (فاسدة) لجهالة المدة والعوض، فيجب فيها أجرة المثل بعد القبض.

ومضى زمن لمثله أجرة ولا تضمن العين كما يعلم ذلك من كتاب الاجارة، وقضية التعليل أنه لو قال أعرتكه شهرا من الآن لتعلفه كل يوم بدرهم أو لتعيرني فرسك هذا شهرا من الآن، كانت إجارة صحيحة (ومؤنة رده) أي المعار (على مستعير) من مالك أو من نحو مكتران رد عليه، فإن رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رد عليه المكتري وخرج بمؤنة رده مؤنته، فتلزم المالك لانها من حقوق الملك وخالف القاضي فقال إنها على المستعير (فإن تلف) كله أو بعضه عند المستعير (لا باستعمال مأذون) فيه ولو بلا تقصير (ضمنه) بدلا أو رشا لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه، رواه أبو داوود والحاكم وصححه على شرط البخاري، ويضمن التالف بالقيمة وإن كان مثليا كخشب وحجر على ما جزم به في

الانوار واقتضاه كلام جمع وقال ابن أبي عصرون يضمن المثلى بالمثل، وجرى عليه السبكي وهو الاوجه.

أما تلفه بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان للاذن فيه (لا مستعير من نحو مكتر) كموصي له بمنفعة، فلا ضمان عليه لانه نائبه وهو لا يضمن، فكذا هو بخلاف المستعير من مستأجر إجارة فاسدة لان معيره ضامن كما جزم به البغوي، وعلله بأنه فعل ما ليس له، قال والقرار على المستعير ولا يقال حكم الفاسدة حكم الصحيحة في كل ما تقتضيه بل في سقوط الضمان بما تناوله الاذن فقط، ونحو من زيادتي، (كتالف

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٥/١٥١

في شغل مالك) تحت يد غيره كأن تسلم منه دابته ليروضها له، أو ليقضي له عليها حاجة فإنه لا ضمان عليه لانه نائبه، (وله) أي للمستعير (انتفاع مأذون) فيه (ومثله) و دونه المفهوم بالاولى (ضررا إلا إن نهاه)." (١)

"كتاب الغصب الاصل في تحريمه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل.

وأخبار كخبر إن دماءكم و أموالكم وأعراضكم عليكم حرام رواه الشيخان، (وهو) لغة أخذ الشئ ظلما.

وقيل أخذه ظلما جهارا وشرعا (استيلاء على حق غير) ولو منفعة كإقامة من قعد بمسجد أو سوق أو غير مال ككلب نافع وزبل (بلا حق) كما عبر به في الروضة، بدل قوله كالرافعي عدوانا، فدخل فيه ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه غصب و إن لم يكن فيه إثم.

وقول الرافعي إن الثابت في هذه حكم الغصب لا حقيقته ممنوع وهو ناظر إلى أن الغصب يقتضي الاثم مطلقا وليس مرادا وإن كان غالبا، والغصب (كركوبه دابة غيره وجلوسه عل فراشه) وإن لم ينقلهما، ولم يقصد الاستيلاء (وإزعاجه) له (عن داره) بأن أخرجه منها وإن لم يدخلها ولم يقصد الاستيلاء (ودخوله لها) وليس المالك فيها (بقصد الاستيلاء) عليها وإن كان ضعيفا، (فإن كان المالك فيها ولم يزعجه فغاصب لنصفها) لاستيلائه مع المالك عليها هذا (إن عد مستوليا) على مالكها فإن لم يعد مستوليا عليه لضعفه فلا يكون غاصبا لشئ منها، وكذا لو دخلها لا بقصد الاستيلاء كأن دخلها ينظر هل تصلح له أو ليتخذ مثلها (ولو منع المالك بيتا منها) دون باقيها (فغاصب له فقط)، أي دون باقيها لقصده الاستيلاء عليه، (وعلى الغاصب رد) للمغصوب وإن لم يكن متمولا سواء أكان مالا كحبة بر، أم لا ككلب نافع وزبل وخمر محترمة لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه، (وضمان متمول تلف) بآفة أو إتلاف بخلاف غير المتمول كحبة بر وكلب وزبل فلا ضمان فيه، وكذا لو كان التالف غير محترم كمرتد وصائل، أو الغاصب غير أهل للضمان كحربي، والتقييد بالمتمول هنا وفيما يأتي من زيادتي.

واستطردوا هنا مسائل يقع فيها الضمان بلا غصب بمباشره أو سبب فتبعتهم كالاصل بقولي (كما لو أتلفه)،

---

(١) فتح الوهاب، ٣٩١/١

أي أتلف شخص متمولا (بيد مالكه أن فتح زقا مطروحا) على أرض (فخرج ما فيه بالفتح) وتلف (أو منصوبا فسقط به." [١]

"ب) موجب (عقوبة لله) تعالى (فللقاضي تعريض برجوع) عن الاقرار، فلا يصرح به كأن يقول له ارجع عنه لقوله (صلى الله عليه وسلم): لما عز المقر بالزنا، لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت.

رواه البخاري ولمن أقر عنده بالسرقة، ما إخالك سرقت.

رواه أبو داود وغيره، وله التعريض بالانكار أيضا إذا لم تكن بينة (ولا قطع إلا بطلب) من مالك وهذا من زيادتي.

(فلو أقر بسرقة لغائب) أو صبي أو مجنون أو لسفيه فيما يظهر (لم يقطع حالا) لاحتمال أن يقر أنه كان له (أو) أقر (بزنا بأمته) أي الغائب سواء، أقال أنه أكرهها عليه أم لا (حد حالا) لان حد الزنا لا يتوقف على الطلب.

فتعبيري بذلك أعم من قوله أو أنه أكره أمة غائب على زنا، (ويثبت برجل وإمرأتين) أو به مع يمين (المال فقط)، أي دون القطع كما يثبت بذلك العصب المعلق عليه طلاق أو عتق دونهما، (وعلى السارق رد ما سرق) إن بقي (أو بدله) إن لم يبق لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه.

(وتقطع) بعد الطلب (يده اليمنى) قال تعالى:

* (فاقطعوا أيديهما) *.

وقرئ شاذا فاقطعوا أيمانهما والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج بها كما مر ويكتفي بالقطع، (ولو كانت (معيبة) كفاقدة الاصابع أو زائدتهما لعموم الآية.

ولان الغرض التنكيل بخلاف القود فإنه مبني على المماثلة كما مر.

(أو سرق مرارا) قبل قطعها لاتحاد السبب، كما لو زنى أو شرب مرارا يكتفي بحد واحد وكاليد اليمنى في ذلك غيرها كما هو ظاهر (فإن عاد) بعد قطع يمناه إلى السرقة، ثانيا (فرجله اليسرى) تقطع (و) إن عاد ثالثا قطعت (يده اليسرى و) إن عاد رابعا قطعت (رجله اليمنى).

روى الشافعي خبر السارق إن سرق فاقطعوا يده.

ثم أن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله وإنما قطع من خلاف لئلا

---

(١) فتح الوهاب، ٣٩٥/١

يفوت جنس المنفعة عليه، فتضعف حركته كما في قطع الطريق (من كوع) في اليد للامر بفي خبر سارق رداء صفوان، (وكعب) في الرجل لفعل عمر رضي الله عنه كما رواه ابن المنذر وغيره.

(ثم) إن عاد خامسا (عزر) كما لو سقطت أطرافه أولا، ولا يقتل وما روى من أنه (صلى الله عليه وسلم) قتله منسوخ أو مؤول بقتله لاستحلال أو نحوه بل ضعفه الدار قطني وغيره.

(وسن غمس محل قطعه بدهن مغلي) بضم الميم لتنسد أفواه العروق وذكر سن ذلك من زيادتي وخصه الماوردي، بالحضري قال وأما البدوي فيحسم بالنار لانه عادتهم وقال في قاطع الطريق، وإذا قطع حسم بالزيت المغلي وبالنار بحسب العرف فيهما وذلك (لمصلحته) لانه حقه لا تتمة الحد لان الغرض منه دفع الهلاك عنه بنزف الدم فعلم أن للامام اهماله." (١)

"قال (أما أحكامها فأربعة (الاول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف. وقيل باقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف كالغصب. وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون. والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف. والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان إذا تلف تحت يده. ولو طولب بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف في قرار ضمانه على المعير. وما تلف باستيفائه فقولان لانه مغرور فيه). من أحكام العارية الضمان والكلام في ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) (١) وأيضا فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما ضمان العين فانها إذا تلفت في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أو بغفلة بتقصير أو من غير تقصير وبه قال أحمد

---

[٢١٨]." (٢)

"أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) (١) وعن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة) (٢) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم المغصوب إما أن يتلف قبل العود إلى يد المالك

---

(١) فتح الوهاب، ٢/٢٨٣

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ١١/٢١٢

أولا يتلف وحينئذ فاما أن يعود إلى المالك من غير تغيير فيه واما ان يتغير بطارئ فخص المصنف كلام الكتاب في بابين (أحدهما) في الضمان عند التلف (والثانى) في الطوارئ وأحكمهما (أما الأول) فالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان وما يجب ضمانة وما يوجب ضمانا فهذه ثلاثة أركان (الاول) الموجب والغصب وان كان موجبا

---

[٢٤١]." (١)

" & (باب الغصب) & هو لغة أخذ الشيء ظلما وشرعا حقيقة وحكما وضمانا الاستيلاء على مال الغير عدوانا وضمانا الاستيلاء على مال الغير بغير حق وإن ظن ملكه وعصيانا الاستيلاء على حق الغير عدوانا وهو مجمع على تحريمه والأصل فيه قبل الإجماع آيات كقوله تعالى { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل وأخبار كخبر إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام وخبر من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين وإثبات اليد العادية سبب الضمان وينقسم إلى مباشرة كأخذه من مالكه وإلى سبب كولد المغصوب وزوائده ولو ركب دابة أو جلس على فراش فغاصب وإن لم ينقل ولو أزعجه عن داره فغاصب لها وإن لم يدخلها ولو دخلها بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها فغاصب وإن كان ولم يزعجه فغاصب لنصفها إلا أن يكون ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحبها وقد ذكر الناظم شيئا منها فقال (يجب رده) أي المغصوب على المغصوب منه وإن غرم عليه أضعاف قيمته لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فإن كان دار أوجب ردها بخروجه منها ليتسلمها مالكها وإن كان منقولا وجب رده (ولو بنقله) إن احتيج إليه إلى الموضع المغصوب منه كما لو نقل المغصوب المثلى إلى دار أو بلد فيجب على الغاصب رده وكذا لو انتقل بنفسه ويجب الرد ولو كان غير مال كاختصاص للخبر لأنه حق المغصوب منه ويبرأ بالرد على المالك أو وكيله أو وليه (وأرش نقصه) أي المغصوب مع الأرش ولو كان الأرش بسبب غير الاستعمال كأن غصب ثوبا أو رقيقا فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو منه لمرض (وأجر مثله) مدة وضع يده ولو فاتت منفعته بغير استعمال وهي أجرة مثله سليما قبل النقص ومعيبا بعده و (يضمن) المال المغصوب التالف عند الغاصب (مثلى بمثله) لأنه أقرب إلى التالف سواء (تلف بنفسه أو متلف لا يختلف) الحال في ذلك ويستثنى من ذلك مسائل كما لو غصب

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ١١/٢٣٥

حربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد تلفه أو كان المغصوب غير متمول كحبة حنطة أو رقيقا وجب قتله لحق الله بردة أو نحوها فقتله أو غصب رقيق غير مكاتب مال سيده (وهو) أي المثلى (الذي فيه أجازوا السلما) بألف الإطلاق (وحصره بالكيل والوزن) الواو بمعنى أو (كما) بالقصر لغة في الممدود ولو حارا وتراب ونحاس وحديد وتبر ومسك وعنبر وكافور وثلج وجمد وقطن ولو بحبة ودقيق وحبوب وتمر وزبيب وعنب ورطب وكل فاكهة رطبة ودراهم ودنانير ولو مكسرة أو مغشوشة وخرج بقيد الكيل أو الوزن ما يعد كالحيوان أو يذرع كالثياب وبقيد جواز السلم نحو الغالية والمعجون وإنما اشترطوا جواز السلم لأنه بعد تلفه يشبه المسلم فيه ومحل ضمان المثلى بمثله إذا وجد الغاصب بمحل للماء فيه قيمة (لا في مفازة ولاقاه بيم في ذا) أي في الماء ولو تلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد في البلد وحواليه حسابان لم يجده أو شرعا بأن وجده بأكثر من ثمن مثله أو منعه من الوصول مانع فالقيمة (و) المعتبر (في مقوم أقصى القيم من) وقت (غصبه لتلف الذي انغصب) ولو وجد بعد غرم القيمة فلا ترد لواحد منهما ولو نقل

(١) ".

"ولما انقضى الكلام على ما تيسر من أحكام الرهن ، شرع في تاليه في الترجمة وهو سادس الأبواب وهو باب العارية بقوله : (والعارية) بتشديد الياء على المشهور وحكي تخفيفها اسم مصدر والمصدر إعارة ، لأن الفعل أعار ، والمراد هنا الشيء المعار ، وحقيقة العارية الشرعية كما قال ابن عرفة : تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض ، فيخرج تمليك الذات وتمليك الانتفاع ، لأن العارية فيها تمليك المنفعة وهو أخص من الانتفاع ، وقوله : مؤقتة حقيقة أو حكما لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج تمليك السيد عبده منفعة سيده فليست بعارية ولإخراج الحبس فإن الغالب فيه التأبيد ، وأما بالمعنى الاسمي وهو مراد المؤلف بقوله : والعارية إلخ فهي مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض كما يدل عليه قوله : (مؤداة) أي مضمونة ، وقيل مردودة لخبر : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } .

واعلم أن الكلام على العارية من وجوه : الأول في حكمها وهو الندب هذا حكمها الأصلي لأنها إحسان ، وتتأكد في الأقارب والجيران والأصحاب ، وقد يعرض لها الوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه وطلبه

(١) غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص/٢١٦

من يخشى عليه الهلال بتركه ، ككساء في زمن شدة برد ، والحرمة إذا كانت تعين على معصية ، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروه ، والإباحة إذا أعان بها غنيا ، دل على الإذن فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة : أما الكتاب فقوله تعالى : { وافعلوا الخير } وأما السنة فما في الصحيحين من { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم." (١)

": إلا المحبسة فالنقض والمعنى : أن من استحق أرضا من يد صاحب شبهة بوقف بعد أن بناها أو غرسها مشتريها فليس للباني أو الغارس إلا نقضه أو شجرة ، إذ لا يجوز له دفع قيمة الأرض ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الوقف ، وليس لنا واحد معين يطالبه الباني بقيمة بنائه أو غرسه قائما ، وسواء كان الحبس على معين أو غيره ، والدليل على ما ذكره المصنف أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أقطع رجلا أرضا فأحياها وغرس فيها ، ثم جاء آخر فاستحقها ، واختصما في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقضى للأول أن يعطيه قيمة ما أحيا ، فقال : لا أفعل ، فقال للآخر : أعطه قيمة أرضه بيضاء فلم يفعل ، فقضى أن تكون الأرض بينهما ، هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة عمارته .

وإنما بدأ بصاحب الأرض بالخيار ؛ لأنه أقوى سببا لكون الأرض له ، وانتقل الخيار للباني إذا أبى المستحق ليزول الضرر عنهما وكانا شريكين إذا أبيا ؛ لأن كل واحد منها له حق لا يجوز إبطال حق الآخر له ، وإنما جعلنا الاستحقاق من يد صاحب شبهة لقوله هنا : (والغاصب) لعرصة ويبنيها أو يغرسها ثم يتمكن صاحبها منها (يؤمر) أي الغاصب (بقلع بنائه وزرعه وشجره) إن كان ينتفع به ، ويؤمر أيضا بتسوية الأرض مثل ما كانت لقوله صلى الله عليه وسلم : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } .

وبنى يؤمر للمجهول للعلم بفاعل ذلك وهو المالك بقرينة قوله : (وإن شاء أعطاه ربها) أي رب الأرض (قيمة ذلك النقض) بكسر النون بمعنى المنقوض كالذبح بالكسر." (٢)

" إذا ثبت الأخذ عمل بأجر أم لا قبض ببينة أم لا لقوله & : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) وقال عبد الملك : يصدق الصانع في الرد لأنه أمين إلا أن يقبض ببينة فيكون الرد بغيرها على خلاف العادة فيصدق في المالك قال صاحب المقدمات في الرد مع الإشهاد أربعة أقوال : يصدق في القراض والوديع والإجارة رواية أصبغ عكسه قول ابن القاسم الفرق بين القراض والوديعة فلا يصدق وبين الإجارة فيصدق

---

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٤٤٦/٦

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٣٣١/٧

والفرق بين الوديعة فلا يصدق وبينهما فيصدق وحيث صدق حلف وأما في الضياع فلا يحلف إلا المتهم على مذهب ابن القاسم وعن مالك : يحلف المتهم وغيره لأنها دعوى توجهت عليه ولا يفرق في الضياع بين القبض ببينة أم لا القبض ببينة إنما أثره حث القابض على الدفع ببينة وكل موضع لا يصدق في الضياع لا يصدق في الرد إلا في الصناع فإن عبد الملك يصدقهم في الرد إلا أن يشهد عليهم بالدفع وإن كانوا لا يصدقون في الضياع قول مالك وجميع أصحابه : لا يصدقون فيهما وحيث ضمنا الصانع فالقيمة يوم القبض إلا أن يعترف أن قيمة يوم الضياع أكثر أو يظهر عنده بعد الدفع إليه بمدة فالقيمة يوم الظهور وإن كانت أقل من يوم الدفع وكذلك الرهن والعارية

فرع في الكتاب : إذا قلت : أمرتك بأسود وقال بأحمر صدق إلا أن

" (١).

" القصارة وغيره من حرفاته لقوله & : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه) ولأنه قبض لمنفعة الغير فلا يضمن كالمودع والوكيل والمساقي والمقارض والجواب عن الأول : المعارضة بقوله & : (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) وعن الثاني : لا نسلم أنه لم يقبض بحق نفسه بل لمستحق الأجرة فوجب أن يضمن كالقرض سلمنا صحة القياس لكن المودع لم يؤثر في العين تأثيرا يوجب التخمة على أخذ بسبب التغيير وهو الفرق في الوكيل وأما الساقي : فكذلك أيضا لأن الله تعالى هو منمي الثمار وأما المقارض فلو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحته بخلاف السلع عند الصناع فظهر الفرق ثم يتأكد ما ذكرناه إن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمينهم وإن لم يتعدوا وقد قال عليه السلام (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي) ولأنه من المصالح فوجب أن يكون مشروعا) لنهيه & عن الاحتكار وتلتقي الركبان وبيع الحاضر للبادي) قال وكذلك لو دعي

" (٢).

---

(١) الذخيرة، ٥/٤٥٤

(٢) الذخيرة، ٥/٥٠٣

" وإذا أفسد الخياط في قطعة فسادا يسيرا : فقيمة ما أفسد قال اللخمي : قوله هو ضامن حتى يصل إليك وإذا أفسد الخياط في قطعة : يريد : إذا لم يحضره فلو أحضره ورأيته مصنوعا على شرطك وقد دفعت الأجرة ثم رايته عنده صدق في الضياع لخروجه عن الإجارة إلى الإيداع وإذا ضمن : فالمذهب يوم القبض لقوله & (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) فأشار إلى وقت الأخذ وقيل إلى آخر وقت ربى عنده وأصل محمد : إذا ثبت الفراغ ببينة للصانع الأجرة لتسليم الصنعة بوضعها في الثوب فيكون له دفع الأجرة وتغريمه قيمته مصبوغا ولو باع الثوب : كان الجواب على ما تقدم من الصناع فعلى المذهب : يخير بين إجارة البيع وتضمينه القيمة يوم القبض ويكون لك من الثمن ما ينوب الثوب غير مفروغ وعلى القول الآخر : لك تضمينه القيمة يوم البيع غير مصنوع أو ما ينوبه من الثمن وعلى قول محمد : لك دفع الأجرة وأخذ جملة الثمن

فرع قال اللخمي : لو صبغه على غير الصفة : فإن أمكن نقله إلى الصفة فعل وإلا فإن نقصت فلك قيمة النقص دون قيمة الثوب إن كان النقص يسيرا فعليك الأقل من الزيادة أو الأجرة لأن لك التمسك بالعقد وعدم التمسك للمخالفة أو لم يزد ولم ينقص فلا شيء عليه هذا إن كانت المخالفة في نوع الصبغ كالأزرق مع الأكحل فإن صبغه أكحل وشرط أحمر : خيرت بين قمة الثوب وأخذه ودفع قيمة الصبغ ويصح جريان الخلاف المتقدم

---

(١) ".

" خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس) كل معروف صدقة وقيل في قوله تعالى (ويمنعون الماعون) أنه ماعون البيت وقيل الزكاة لقرينة الذم قال اللخمي وتحرم إذا كانت تستعمل في محرم لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) فلا تعار الدابة لمن يركبها لضرر مسلم

فرع – قال الطرطوشي في تعليقه العارية والرهن والأجير المشترك سواء في الضمان وعدمه فان قامت البينة فقولان – كان مما يغاب عليه أم لا والمذهب عدم الضمان وان لم يعلم الهلاك الا من قوله ضمن ما يخفى كالثياب اتفاقا وفيما لا يخفى كالحيوان قولان وضمن (ش) مطلقا وعكس (ح) مطلقا ومنشأ

---

(١) الذخيرة، ٥/٥١٦

الخلاف النظر إلى خلوص المنفعة للمستعير فيضمن أو إلى أنها قبض بإذن المالك من غير عوض فلا يضمن أو ملاحظة شبه الأصلين احتج (ش) بما في أبي داود أن صفوان بن أمية قال قال لي & بعد فتح مكة هل لك من سلاح أو أدرع في غزوة حنين فقلت أغصبا يا رسول الله أم عارية فقال & بل عارية مضمونة مؤداة ولقوله & **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه واستعار بعض نسائه قصعة فغرمها & ولأنه قبض لينتفع من غير إذن في إتلاف فيضمن كالغصب والسوم والقرض

". (١)

" نظائر : قال اللخمي : واختلف في خمس مسائل في سقوط الضمان قيام البينة وشرط عدم الضمان أو اشترط الراهن الضمان فيما لا يغاب عليه فأسقطه ابن القاسم وضمان ما أصاب الرهن من سوس أو قرض فأر أو حرق نار فأسقطه مالك في سوس السجة قال ويحلف ما أضعت ولا أردت فسادا وإن أغلفه ولم ينفضه ضمنه ابن القاسم وأرى أن عليه نفضه قال والقياس عدم الضمان لأن النفض لم يقتضه عقد الرهن إلا أن تكون عادة وأما الخشب ونحوه فضمانه من الراهن لأن سوسه لا من عدم التفقد تمهيد قال (ح) يضمن مطلقا مما يغاب أم لا قامت بينة أم لا هلك بيد المرتهن أو وضعوه على يد عدل ويضمن الأقل من قيمته أو الدين ونقض أصله بقوله ولد المرهونة المتجدد بعد الرهن مرهون وهو غير مضمون وبقوله الرهن في ضمان الدرك لا يضمن وبقوله الرهن بأجرة النائحة غير مضمون وبقوله لو رهن من غاصب لم يعلم له لم يضمن ونقض هذه النقوض بقوله المقبوض على حكم الرهن الفاسد مضمون كما لو قبض رهنا بدين مجهول على أصله وقال (ش) لا يضمن ما يخفي ولا ما لا يخفي قامت بينة أم لا في يد المرتهن ام لا وجعله أمانة مطلقا إلا في دعوى الرد ومنشأ الخلاف بينهما أنه عند (ش) توثيق محض وعند (ح) توثيق وتعليق للدين بالرهن ولما فرق أصحابنا بين ما يغاب عليه وغيره كان عسيرا لقياس الشافعية ما يغاب على غيره وقياس الحنفية على العكس فتعين الاستدلال ولنا على (ش) قوله عليه السلام : **على اليد ما أخذت** حتى ترده وعلى ظاهره في اللزوم خص بما أجمعنا على عدم الضمان فيه فيبقى حجة في صورة

---

(١) الذخيرة، ٦/٢٠٠

(١) ".

" (فرع) في الكتاب : موت الحيوان وانهدام العقار بفور الغصب أو بعده بغير سبب الغاصب يضمنه بقيمته يوم الغصب تمهيد وفيه قاعدة أصولية وهي : أن ترتب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم وقوله عليه السلام : (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) فيه لفظ على الدال على اللزوم والوجوب وقد رتبه صلى الله عليه وسلم على وصف الأخذ فيكون وضع اليد للأخذ سبب الضمان ولنا : قاعدة أخرى أصولية فقهية وهي : أن الأصل : ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين وضع اليد فلذلك ضمنا بوضع اليد وأوجبنا القيمة حينئذ (فرع) قال : استعار دابة إلى منزله فبلغها ثم تنحى قربها فنزل فيه فهلكت في رجوعها فإن كان ما تنحى إليه من معاد الناس لم يضمن وإن جاوز منازل الناس ضمن قال ابن يونس : قال أصبغ : إن كانت الزيادة لا خيار لربها فيها إذا سلمت ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذي تكارى إليه فماتت أو ماتت في الطريق إلى الموضع الذي تكارى إليه فليس إلا كراء الزيادة لاستيفائه منفعة الزيادة وضعف التعدي لعدم الخيار وكرده لما تلف من الوديعة ولو كانت الزيادة يسيرة لم تعن على الهلاك فهلكت بعد ردها إلى الموضع المأذون بغير صنعه فهو كهلاك تسلف الوديعة بعد رده وإن كانت الزيادة مما تعين على الهلاك كاليوم فإن لا يضمن في ذلك لو

(٢) ".

" الدار قولان وإن أقر لك بالرق والملك على أن يقاسمك الثمن ففعلت ثم اطلع على ذلك وقد هلكت ضمن هو ما أتلف على المشتري وقاله محمد في الحر يباع في المغانم وهو ساكت إلا أن يجهل مثله ذلك واختلف فيمن اعتدى على رجل عند السلطان المتجاوز إلى الظلم في المال مع أنه لم يبسط يده إليه ولا أمر بشيء بل تعدى في تقديمه إليه مع علمه بأنه يظلمه (فرع) في الجواهر : لو غصب السكنى فقط فانهدمت الدار إلا موضع سكنه لم يضمن ولو انهدم سكنه ضمن الركن الثاني : الواجب عليه وهو كل آدمي تناوله عقد الإسلام أو الذمة لقوله عليه السلام : (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) وهو عام فيما ذكرناه والقيد الأول احتراز من البهيمة لقوله عليه السلام : (جرح العجماء جبار) والأخير

---

(١) الذخيرة، ١١١/٨

(٢) الذخيرة، ٢٦٢/٨

احتراز من الحربي فإنه لا يضمن المغصوب في القضاء أما في الفتيا فالمشهور مخاطبته بفروع الشريعة فيضمن عند الله تعالى ويبقى في الحد العامد والجاهل والغافل والعبد والحر والذمي لإجماع الأمة على أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء قال صاحب المقدمات : يستوي المسلم والذمي والبالغ والأجنبي والقريب إلا الوالد من ولده والجد للأب من حفيده قيل : لا يحكم له بحكم الغصب لقوله عليه السلام : (أنت ومالك لأبيك) والمسلم من المسلم والذمي أو الذمي من المسلم والذمي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من ظلم

". (١)

" الركن الرابع : الواجب وفيه للعلماء ثلاث طرق منهم من أوجب المثل مطلقا محتجا بقوله تعالى : ! (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ! فجعل النعم مثليا وبأن بعض أزواج النبي لله أهدت إليه طعاما في قصعة وهو في بيت غيرها فغارت صاحبة البيت فكسرتها فأمر عليه السلام بقصعة صاحبة البيت لصاحبة القصة المكسورة وأجيب عن الأول بأن المراد المثل في الصفة دون المالية والمقدار والمطلوب ها هنا حفظ المالية ألا ترى أن النعامة يحكم فيها ببدنة وهي بعيدة جدا من ماليتها ومقدارها وعن الثاني : بأن البيتين لرسول الله صلى الله عليه وسلم فليس هذا من باب المعاوضة بل من باب جبر القلوب وسياسة العيال ومنهم من أوجب القيمة مطلقا محتاجا بقوله عليه السلام : (من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل . . .) الحديث وقياسا للبعض على البعض ولأن القيمة إنما سميت قيمة لأنها تقوم مقام المقوم وهذا معنى عام في سائر الصور وأجيب بان مورد الحديث في العبد وهو من ذوات القيم ومثله متعذر لتعلق الغرض بخصوصه بخلاف المكيلات ونحوها لا يتعلق الغرض بخصوصها فقام كل فرد من ذلك الجنس مقام الآخر لأن الأصل رد عين الهالك لقوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) تعذر ذلك والمثل أقرب للأصل لجمعه بين الجنسية والمالية والقيمة ليس فيها إلا المالية فكان المثل أولى إذا لم يفوت غرضا والقيمة أولى حيث يتعلق الغرض بخصوص الهالك فالقيمة تأتي عليه

---

(١) الذخيرة، ٨/٢٦٩

" (١).

" صنعة ثم نسيها ضمن الغاصب قيمتها لنا : أن وضع اليد هو سبب الضمان لقوله & (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) وترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم فتكون اليد هي سبب الضمان فيترتب الضمان عليه ويعد الضمان لا ضمان لأنه تحصيل الحاصل ولأن الضمان يصير المضمون ملك الضامن على ما سيأتي وتجد يد ضمان في ملك الإنسان خلاف الإجماع ولقوله تعالى (ما على المحسنين من سبيل) والراد للمغصوب محسن بفعله للواجب فلا يكون عليه سبيل ولأن الغصب لم يتناول الزيادة فلا تكون مضمونة وقياسا على زيادة حوالة الأسواق فلأنها لا تضمن اتفاقا منهم وقد حكى اللخمي ذلك عن مالك و ابن القاسم وحكى عن أشهب وعبد الملك أخذ أرفع القيم إذا حال السوق والفرق عندهم : أن حوالة الأسواق رغبات الناس وهي خارجة عن السلعة فلا يؤمر فيها بخلاف زيادة صفاتها احتجوا بأن الغاصب في كل وقت مأمور بالرد فهو مأمور برد الزيادة وما ردها فيكون غاصبا لها فيضمنها ولأن الزيادة نشأت عن ملكه فتكون ملكه ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة فتضمن كالعين المغصوبة والجواب عن جميع ما ذكروه : أنا نسلم أنه مأمور وأن الزيادة ملكه لكن لا نسلم ضمانها بسبب أن أسباب الضمان ثلاثة : الإتلاف والتسبب للإتلاف ووضع اليد غير المؤمنة ولا نسلم وجود واحد منها أما الأولان فظاهر وبالفرض وأما الثالث : فلأنه لم يوجد وضع اليد إلا في المغصوب أما زيادته فلم يوجد إلا استصحابها واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه بدليل : أن استصحاب النكاح لايقوم مقام العقد الأول لصحته مع الاستبراء

" (٢).

" غرم النقص فقط وإلا فالكراء مع النقص وعلى ما تقدم ذلك سواء لأن الضمان يوم التعدي فقد سار على ما ضمنه إلا أن يكون النقص بعدوان بعد الرجوع لرجوت النقص بعد وجوب الكراء وعلى التفريق يبقى تخييره بين أخذ النقص أو الكراء وفي الموازية : إذا غصب الدجاجة فحضن تحتها بيض غيرها عليه ما نقصت وكراء حضانتها قال : وفيه نظر لأن النقص بسبب الحضانة وقد غرم النقص فلا يغرم الكراء تنبيه

---

(١) الذخيرة، ٢٨٧/٨

(٢) الذخيرة، ٢٩٦/٨

: تفريقه بين الغاصب لا يضمن الدابة إذا ردها بحالها وبين المستعير يحبسها أياما ثم يردها بحالها يضمن مشكل من وجهين : الأول : إن **على اليد ما أخذت** حتى ترده وقد رد ما أخذ فلا يضمن الثاني : سلمنا الضمان لكن الغاصب ضامن والظالم أولى أن يحمل عليه وقد جعله أسعد ممن ليس بظالم في اصل وضع اليد وقد قيل في الجواب : إن المعير والمكري أذنا في شيء مخصوص ومفهومه ولازمه : النهي عما زاد عليه فيكون النهي فيما زاد خاصا بهذه الزيادة ونهي الغاصب نهي عام لا يختص بمسافة ولا بحالة والقاعدة : أن النهي الخاص بالشيء أقوى مما يعمه ويعم غيره يشهد لذلك ثوب الحرير والنجس أن النجس أقوى في المنع لاختصاصه بالصلاة والصيد والميتة وأن الصيد أقوى منعنا لاختصاصه بالإحرام ونحو ذلك (فرع) في الكتاب : إذا قلنا غصب جديدا وقال بل خلقا صدق مع يمينه لأنه غارم وترد بينتك إذا أتيت بها بعد ذلك التي كنت تعلم بها وإلا رجعت بتمام القيمة كسائر الحقوق حلف عند السلطان أو غيره قال ابن يونس قال أشهب : البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة وقاله

". (١)

" في أبي داود

قال رسول الله & من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له في الزرع شيء وعليه نفقته وفي الكتاب ما حفر من بئر أو مطمورة كالبناء لأنه مستحق الإزالة وفي التنبيهات في بعض الأمهات ليس له تراب ردم به حفرة فيحتمل أن التراب من تراب الأرض فلا حق له فيه وإن كان لك بالحفرة منفعة فلك إلزامه طرحه كان التراب لك أوله ولك إلزامه برده إلى موضعه نفيا لضرر العدوان قال ابن يونس له القيمة بعد طرح أجرة النقل وقال ح ليس لك إلا القيمة لنا أن الأرض ملكك والأصل بقاء ملكك عليها

قوله & **على اليد ما أخذت** حتى ترده

وقوله & ليس لعرق ظالم حق وبالقياس على ما قبل البناء وفي الموازية أن هدمها خيرت بين قيمة الدار يوم الغصب أو العرصة والنقض ولا تتبعه بشيء لتمكنك من أخذ القيمة يوم الغصب ولو هدمها ثم بناها بنقضها كما كانت بنفسه فللغاصب قيمة هذا النقض المبني منقوضا اليوم وعليه قيمة ذلك منقوضا فيتقاصان وهو مذهب مالك وأشهب قال وهو أحب إلي لأنه يضمن النقص لما هدم والضمان لا يوجب

---

(١) الذخيرة، ٨/٣٢٠

الملك فعليه قيمته أولا وله قيمته آخرا لانتقاله لملكه وقال ان القاسم يحسب على الهادم قيمة ما هدم قائما وتحسب له قيمة ما بنى منقوضا لأنه أفسد التنضيد على المالك ولك قلع الزرع في إبان الحرث بل قلعه المتعدي وفي غير الإبان لك الكراء فقط لعدم الفائدة في القلع فلا يمكن منه كما لا يمكن للغاصب من قلع التزويق وما لا ينتفع به بعد

---

(١) ".

" (الفصل الثاني في النزاع في الوديعة) وفيه خمس وعشرون مسألة الاولى في الكتاب يصدق في رد الوديعة والقراض إليك إلا أن يقبض ذلك ببينة فلا يبرأ إلا ببينة ولو قبض ببينة صدق في الضياع والسرقة لأن الإشهاد عليه متعذر وقال الأئمة يصدق وإن قبض ببينة لنا أنه لما اشهد عليه فقد جعله أمينا في الحفظ دون الرد فقد ادعى ما ليس أمينا فيه فيضمن ولأن الغالب ممن شهد عليه بشيء أنه يجتهد في دفع تلك الشهادة عنه بما يدفعها بحيث لم يفعل ذلك تعينت التهمة الموجبة للضمان ولأن أصل اليد الضمان لقوله & **على اليد ما أخذت** حتى ترده خالفناه في موانع الإجماع فيبقى على مقتضاه في صور النزاع ولأنه لولا الضمان حينئذ لانتفت فائدة الإشهاد ولا يقال فائدته تعذر الجحود عليه لأنا نقول دعوى الرد يقوم مقامه احتجوا بالقياس على صورة القبض بغير بينة ولأنه غير ضامن ابتداء عند القبض فلا يضمن انتهاء عملا بالاستصحاب والجواب عن الأول أن القبض بالبينة حاث على الإشهاد عند الدفع في مجرى العادة فلما خولفت العادة اتهم بخلاف القبض بغير بينة لا ضرورة تدعوه للإشهاد وعن الثاني إن الإستصحاب معارض بما ذكرنا من التهمة الناشئة عن مخالفة العادة

---

(٢) ".

"فعليه قيمته) على المشهور ومقابله ما حكى الباجي عن مالك بأن له قولا بأن جميع المتلفات مثلية كقول أبي حنيفة والشافعي، وعلى المشهور من إعتبار القيمة فبموضع الاستهلاك سواء كان عمدا أو خطأ إذ العمد والخطأ في أموال الناس سواء. (وكل ما يوزن أو يكال) أو يعد مما لا تختلف آحاده كالبيض

---

(١) الذخيرة، ١٥/٩

(٢) الذخيرة، ١٤٥/٩

(فعليه مثله) في الموضع الذي استهلكه فيه. ثم انتقل يتكلم على ما ختم به الترجمة وهو الغصب ومعناه اصطلاحا أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة، وحكمه الحرمة ما ورد في شأنه من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية من الآيات * (إن الله لا يحب المعتدين) * (البقرة: ١٩٠، المائدة: ٨٧) ومن الاحاديث ما في الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام: من أخذ شبرا من أرض ظلما فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين ومن أحكامه الضمان، وإليه أشار بقوله: (والغاصب ضامن لما غصب) قال القرافي: وهو أي الغاصب كل آدمي يتناوله عقد الاسلام أو الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام: **على اليد ما أخذت** حتى ترده أي ملزمة بدفعه إن كان باقيا أو قيمته أو مثله إن فات، والمراد ذي اليد والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب إن فات المغصوب (فإن) لم يفت (رد) الغاصب (ذلك) المغصوب (بحاله) إن لم يتغير في بدنه (فلا شئ) أي لا قيمة (عليه) إنما يلزمه الادب التوبة والاستغفار من إثم الاغتصاب (وإن تغير) المغصوب بنقص في ذاته بأمر سماوي حالة كونه (في يده) أي يد الغاصب (فربه مخير بين أخذه بنقصه) من غير

". (١)

" – العارية تمليك المنفعة المباحة وضمانها كالرهن فإن أعار إلى أجل فلا رجوع قبله وإن أطلق فحتى ينتفع بها انتفاع مثلها وللمستعير أن يعير وإذا عين منفعة لم يكن له مجاوزتها

---

(١) العارية والوديعة مشروعتان إجماعا . والأصل فيها أحاديث منها حديث أبي أمامة (العارية مؤداة والدين مقتضى والزعيم غارم) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وفي رواية بعضهم زيادة (والمنيحة مردودة) واستعار النبي صلى الله عليه و سلم فرسا من أبي طلحة كما في الصحيحين وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال (**على اليد ما أخذت** حتى حتى تؤديه) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم ." (٢)

"(١) العارية والوديعة مشروعتان إجماعا. والأصل فيها أحاديث منها حديث أبي أمامة (العارية مؤداة والدين مقتضى والزعيم غارم) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وفي رواية بعضهم زيادة (والمنيحة

---

(١) الثمر الداني – الآبي الأزهري، ٢/٦٧

(٢) أشرف المسالك، ص/٢٢٥

مرودة) واستعار النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من أبي طلحة كما في الصحيحينن وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (**على اليد ما أخذت** حتى حتى تؤديه) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم.

----

٢ (فصل) الوديعة

@- المودع أمين فيقبل في الرد والتلف فإن قبضها ببينة لم يقبل ردها بغيرها وله إيداعها عند زوجته وخادمه، ويضمن لغيرهما كالسفر بها إلا أن يتعذر ردها ولا يجد ثقة فإن استودعها فيه فعرضت له إقامة فله إرسالها مع ثقة، ولا ضمان كنقلها إلى حرز، ولا يجوز للمعدم التصرف فيها ويكره للملي ويقبل قوله في رد المثل وتلفه، لا رد القيمة، وتلزم المكيلة في خلطها بمثلها والتلف منهما، فإن سقطت فانكسرت لم يضمن بخلاف سقوط شيء من يده عليها، والله أعلم.

----

١ كتاب الشفعة (١) والقسمة

٢ الشفعة." (١)

" صفحة رقم ٢٢٦

وذهب جماعة إلى أنها أمانة في يد المستعير ، إلا أن يتعدى فيها ،

فيضمن بالتعدي ، يروى ذلك عن علي ، وابن مسعود ، وهو قول شريح ،

والحسن ، وإبراهيم النخعي ، وبه قال سفيان الثوري ، وأصحاب الرأي

وإسحاق بن راهوية ، وقال مالك : إن ظهر هلاكه لم يضمن ، وإن

خفي هلاكه ، ضمن.

واتفقوا على أن من استأجر عينا للانتفاع أنها لا تكون مضمونة عليه

إلا أن يتعدى فيضمن ، وقول النبي (صلى الله عليه وسلم) في حديث صفوان " بل عارية

مضمونة " ليس على سبيل الشرط ، لأن ما يكون أمانة لا يصير بالشرط

مضمونا ، كالودائع ، ولكن كان صفوان جاهلا بحكم الإسلام ، فأخبره النبي

[ ] أن حكم الإسلام ضمان العارية.

---

(١) إرشاد السالك، ص/١٦٨

وقوله في حديث أبي أمامة : " العارية مؤداة " دليل على وجوب أداء عينها عند قيامها ، وأداء قيمتها عند هلاكها.

وقوله : " المنحة مردودة " فالمنحة : ما يمنح الرجل صاحبه من أرض يزرعها مدة ، أو شاة يشرب درها ، أو شجرة يأكل ثمرها ، ثم يردها فتكون منفعتها له ، والأصل في حكم العارية ، عليه ردها. وأجزاء العارية إذا تلفت بالاستعمال لا يجب ضمانها ، لأنه مأذون في إتلافها. وفيه دليل على أن مؤنة رد العارية على المستعير. وقوله : " الزعيم غارم " فالزعيم : الكفيل ، فكل من تكفل دينا عن الغير ، عليه الغرم.

وروي عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " ثم إن الحسن نسي ، قال : هو أمينك لا ضمان عليه. ." [1]

"٢٣٩١ - قوله (**على اليد ما أخذت**)

أي على صاحبها يشمل العارية والغصب والسرقة ويلزم منه أن السارق يضمن المسروق وإن قطع يده." [2]
"

٨٣٧ - عن سمرة بن جندب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } رواه أحمد والأربعة .

وصححه الحاكم .

S." [3]

"العارية بتشديد المثناة التحتية وتخفيفها ويقال عارة وهي مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب لأن العارية تذهب من يد المعير أو من العار لأنه لا يستعير أحد إلا وبه عار وحاجة وهي في الشرع عبارة عن إباحة المنافع من دون ملك العين .

---

(١) شرح السنة ـ للإمام البغوى متنا وشرحا، ٢٢٦/٨

(٢) حاشية السندي على ابن ماجه، ٩٠/٥

(٣) سبل السلام، ٢٧٦/٤

(عن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } .

رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم) بناء منه على سماع الحسن من سمرة لأن الحديث من رواية الحسن عن سمرة وللحافظ في سماعه منه ثلاثة مذاهب : الأول أنه سمع منه مطلقا وهو مذهب علي بن المديني والبخاري والترمذي .

والثاني لا مطلقا وهو مذهب يحيى بن سعيد القطان ويحيى بن معين وابن حبان .

والثالث لم يسمع منه إلا حديث العقيقة وهو مذهب النسائي واختاره ابن عساكر وادعى عبد الحق أنه الصحيح .

والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه لقوله حتى تؤديه ولا تتحقق التأدية إلا بذلك وهو عام في الغصب الوديعة والعارية وذكره في باب العارية لشموله لها ، وربما يفهم منه أنها مضمونة على المستعير .

وفي ذلك ثلاثة أقوال : الأول أنها مضمونة مطلقا وإليه ذهب ابن عباس وزيد بن علي وعطاء وأحمد وإسحاق والشافعي لهذا الحديث ولما يأتي مما يفيد معناه ، والثاني للهادي وآخرين معه أن العارية لا يجب ضمانها إلا إذا شرط مستدلين بحديث صفوان ويأتي الكلام عليه .." (١)

"والثالث للحسن وأبي حنيفة وآخرين أنها لا تضمن وإن ضمنت لقوله صلى الله عليه وسلم { ليس على المستعير غير المغل ولا على المستودع غير المغل ضمان } أخرجه الدارقطني والبيهقي عن ابن عمر وضعفاه وصححا وقفه على شريح .

وقوله المغل بضم الميم فغين معجمة قال في النهاية أي إذا لم يخن في العارية الوديعة فلا ضمان عليه من الإغلال وهو الخيانة وقيل المغل المستغل وأراد به القابض لأنه بالقبض يكون مستغلا والأول أولى .

وحينئذ فلا تقوم به حجة .

على أنه لا تقوم به الحجة ولو صح رفعه لأن المراد ليس عليه ذلك من حيث هو مستعير لأنه لو التزم الضمان للزمه .

وحديث الباب كثيرا ما يستدلون منه بقوله { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } على التضمين ولا دلالة

---

(١) سبل السلام، ٤/٢٧٧

فيه صريحا فإن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى تؤدي ولذلك قلنا وربما يفهم ولم يبق دليل على تضمين العارية إلا قوله صلى الله عليه وسلم عارية مضمونة في حديث صفوان فإن وصفها بمضمونة يحتمل أنها صفة موضحة وأن المراد من شأنها الضمان فيدل على ضمانها مطلقا ويحتمل أنها صفة للتقييد وهو الأظهر لأنها تأسيس ولأنها كثيرة ، ثم ظاهره أن المراد عارية قد ضمناها لك وحينئذ يحتمل أنه يلزم ويحتمل أنه غير لازم بل كالوعد وهو بعيد فيتم الدليل بالحديث القائل إنها تضمن – وهو الأظهر – بالتضمين إما بطلب صاحبها له أو بتبرع المستعير .." (١)

"فقيل لا تضمن لأنه إنما يضمن ما أخذ لقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } قالوا ولا يقاس ثبوت اليد في غير المنقول على النقل في المنقول لاختلافهما في التصرف .

وذهب الجمهور إلى أنها تضمن بالغصب قياسا على المنقول المتفق على أنه يضمن بعد النقل بجامع الاستيلاء الحاصل في نقل المنقول وفي ثبوت اليد على غير المنقول بل الحق أن ثبوت اليد استيلاء وإن لم ينقل يقال استولى الملك على البلد ، واستولى زيد على أرض عمرو .

وقوله شبرا كذا ما فوقه بالأولى وما دونه داخل في التحريم وإنما لم يذكر لأنه قد لا يقع إلا نادرا .

وقد وقع في بعض ألفاظه عند البخاري شيئا عوضا عن شبرا فعم .

إلا أن الفقهاء يقولون : إنه لا بد أن يكون المغصوب له قيمة فألزموا أنه حينئذ يأكل الرجل صاع تمر أو زبيب على واحدة واحدة فلا يضمن فيأكل عمره من المال الحرام فلا يضمن وإن أثم كأكله من الخبز واللحم على لقمة لقمة من غير استيلاء على الجميع .." (٢)

"(وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال { : لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد .

} رواه النسائي وبين أنه منقطع وقال حاتم : هو منكر) رواه النسائي من حديث المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يدرك جده عبد الرحمن بن عوف قال النسائي : هذا مرسل وليس بثابت وكذا أخرجه البيهقي وذكر له علة أخرى .

وفي الحديث دليل على أن العين المسروقة إذا تلفت في يد السارق لم يغرمها بعد أن وجب عليه القطع

---

(١) سبل السلام، ٤/٢٧٨

(٢) سبل السلام، ٤/٢٨٦

عليه سواء أتلفها قبل القطع أو بعده وإلى هذا ذهب الهادوية ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة وفي شرح الكنز على مذهبه تعليل ذلك بأن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول فصار القطع بدلا من الغرم ولذلك إذا ثنى سرقة ما قطع به لم يقطع .

وذهب الشافعي وأحمد وآخرون ورواية عن أبي حنيفة إلى أنه يغرم لقوله صلى الله عليه وسلم : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } وحديث عبد الرحمن هذا لا تقوم به حجة مع ما قيل فيه ولقوله تعالى : { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } ولقوله عليه الصلاة والسلام { : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفس } ولأنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله تعالى وحق للآدمي فاقتضى كل حق موجبه ولأنه قام الإجماع أنه إذا كان موجودا بعينه أخذ منه فيكون إذا لم يوجد في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة ، وقوله اجتماع الحقين مخالف للأصول دعوى غير صحيحة فإن الحقين مختلفان فإن القطع." (١)

"٨٨/٧١م ومن باب تضمين العارية

٩٩٢- قال أبو داود : حدثنا مسدد ، قال : حدثنا يحيى عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ثم إن الحسن نسي قال هو أمينك لا ضمان عليه.

قال الشيخ في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة وذلك أن على كلمة الزام وإذا حصلت اليد أخذه صار الأداء لازما لها والأداء قد يتضمن العين إذا كادت موجودة والقيمة إذا صارت مستهلكة ولعله أملك بالقيمة منه بالعين.." (٢)

"عن عمرو بن عوف المزني - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما" رواه أهل السنن إلا النسائي.

الحديث الأربعون

حسن الوفاء والاستيفاء

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "مطل الغني ظلم وإذا أتبع

---

(١) سبل السلام، ٥٩/٦

(٢) معالم السنن للخطابي ٢٨٨، ١٧٥/٣

أحدكم على مليء ؛ فليتبع" متفق عليه.

الحديث الحادي والأربعون

رد الحقوق

عن سمرة بن جندب – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – "**على اليد** م ا **أخذت**، حتى تؤديه" رواه أهل السنن إلا النسائي.

الحديث الثاني والأربعون

أحكام الشفعة

عن جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما – قال: "قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة" رواه البخاري.

الحديث الثالث والأربعون

بركة الشركة الصادقة

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – "يقول الله – تعالى –: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ؛ فإذا خانه خرجت من بينهما" رواه أبو داود.

الحديث الرابع والأربعون

ثواب العمل النافع في الدنيا والآخرة." (١)

" ٥٤٥٥ – (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) من غير نقص عين ولا صفة قال الطيبي : ما موصول مبتدأ وعلى اليد خبره والراجع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المنصرمة فمن أخذ مال غيره بغصب أو غيره لزمه رده وأخذ بظاهره المالكية فضمنوا الأجراء مطلقا

(حم ٤ ك) كلهم من حديث الحسن (عن سمرة) وفي سماع الحسن منه خلاف وزاد فيه أكثرهم ثم نسي الحسن فقال : هو أمين ولا ضمان عليه قال الترمذي : حديث حسن ." (٢)

---

(١) جوامع الأخبار، ص/١١

(٢) فيض القدير، ٣٢١/٤

"قوله : (باب من استعار من الناس الفرس)

زاد أبو ذر عن مشايخه " والدابة " وزاد عن الكشميهني " وغيرها " وثبت مثله لابن شبوية لكن قال : " وغيرهما " بالتثنية وذكر بعض الشراح ممن أدركناه قبل الباب "كتاب العارية " ولم أره في شيء من النسخ ولا الشروح ، والبخاري أضاف العارية إلى الهبة لأنها هبة المنافع . والعارية بتشديد التحتانية ويجوز تخفيفها ، وحكي عارة براء خفيفة بغير تحتانية قال الأزهري : مأخوذة من عار إذا ذهب وجاء ومنه سمي العيار لأنه يكثر الذهاب والمجيء وقال البطليوسي : هي من التعاور وهو التناوب وقال الجوهري : منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وتعقب بوقوعها من الشارع ولا عار في فعله ، وهذا التعقب وإن كان صحيحا في نفسه لكنه لا يرد على ناقل اللغة ، وفعل الشارع في مثل ذلك لبيان الجواز . وهي في الشرع هبة المنافع دون الرقبة ويجوز توقيتها . وحكم العارية إذا تلفت في يد المستعير أن يضمنها إلا فيما إذا كان ذلك من الوجه المأذون فيه هذا قول الجمهور وعن المالكية والحنفية إن لم يتعد لم يضمن . وفي الباب عدة أحاديث ليس فيها شيء على شرط البخاري أشهرها حديث أبي أمامة أنه " سمع النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع يقول : العارية مؤداة والزعيم غارم " أخرجه أبو داود وحسنه الترمذي وصححه ابن حبان . قلت : في الاستدلال به نظر وليس فيه دلالة على التضمين لأن الله تعالى قال : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا تلفت الأمانة لم يلزم ردها . نعم رواه الأربعة وصححه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة رفعه " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه فإن ثبت ففيه حجة لقول الجمهور والله أعلم .." (١)

" [٣٥٦٠] (هو لك ما عشت) أي مدة عيشك وحياتك (فهو له) أي للرجل المعمر له (للآخر مني ومنك) أي للمتأخر منا موتا

والحديث سكت عنه المنذري

٤ -

([٣٥٦١] باب في تضمين العارية)

(عن الحسن) هو البصري (**على اليد ما أخذت**) أي يجب على اليد رد ما أخذته

---

(١) فتح الباري لابن حجر، ١٢٥/٨

قال الطيبي ما موصوله مبتدأ وعلى اليد خبره والراجع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة (حتى تؤدي) بصيغة الفاعل المؤنث والضمير إلى اليد أي حتى تؤديه إلى مالكه

والحديث دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إجازة أو غيرهما حتى يرده إلى مالكه وبه استدل من قال بأن المستعير ضامن وسيجيء الخلاف في ذلك ." (١)

" قال في السبل وكثيرا ما يستدلون بقوله **على اليد ما أخذت** حق تؤديه على التضمين ولا دلالة فيه صريحا فإن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى تؤدي انتهى

قلت فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك الخ والله تعالى أعلم وعلمه أتم

قال المنذري وأخرجه الترمذي والنسائي وبن ماجه وقال الترمذي حسن وهذا يدل على أن الترمذي يصحح سماع الحسن من سمرة وفيه خلاف تقدم وليس في حديث بن ماجه قصة الحسن

[٣٥٦٢] (عن أبيه) أي صفوان وهو قرشي من أشراف قريش هرب يوم الفتح فاستأمن له معاذ وحضر مع النبي صلى الله عليه و سلم حنين والطائف كافرا ثم أسلم وحسن إسلامه كذا في السبل (منه) أي من صفوان (أدرعا) جمع درع (أغصب) أي أهو غصب (بل عارية مضمونة) من استدل به على أن العارية مضمونة جعل لفظ مضمونة صفة كاشفة لحقيقة العارية أي أن شأن العارية الضمان ومن قال إن العارية غير مضمونة جعل لفظ مضمونة صفة مخصصة أي أستعيرها منك عارية متصفة بأنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان كذا في النيل ." (٢)

"يوسف الأول وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد لأن الغصب عندهم يتحقق في العقار والخلاف في الغصب لا في الإتلاف وبعض مشايخنا قالوا يتحقق الغصب في العقار أيضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكن لا على وجه يوجب الضمان والأكثرون على أنه لا يتحقق في العقار أصلا والاستدلال بحديث الباب على ما ذهبوا إليه غير مستقيم لأنه جعل جزاء غصب الأرض التطوق يوم القيامة ولو كان الضمان واجبا لبينه لأن الضمان من أحكام الدنيا فالحاجة إليه أمس والمذكور جميع جزائه فمن زاد عليه كان نسخا وذا لا يجوز بالقياس وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب الموجب للضمان كما أنه أطلق

---

(١) عون المعبود، ٣٤٤/٩

(٢) عون المعبود، ٣٤٥/٩

لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا ولا يدل ذلك على البيع الموجب للحكم على أنه جاء في الصحيحين بلفظ أخذ فقال من أخذ شبرا من الأرض ظلما فإنه يطوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المراد من الغصب الأخذ ظلما لا غصبا موجبا للضمان فإن قلت قوله **على اليد ما أخذت** حتى ترد يدل على ذلك بإطلاقه والتقييد بالمنقول خلافه قلت هذا مجاز لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعا ليده فافهم

٢٦ - (حدثنا أبو معمر قال حدثنا عبد الوارث قال حدثنا حسين عن يحيى بن أبي كثير قال حدثني محمد بن إبراهيم أن أبا سلمة قال حدثه أنه كانت بينه وبين أناس خصومة فذكر لعائشة رضي الله عنها فقالت له يا أبا سلمة اجتنب الأرض فإن النبي قال من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين)." (١)

"واحتج الشافعي ومن معه بأحاديث منها حديث أبي أمامة أخرجه أبو داود عنه أنه سمع النبي في حجة الوداع يقول العارية مؤداة والزعيم غارم وحسنه الترمذي وصححه ابن حبان ومنها حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعار منه أدرعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد قال لا بل عارية مضمونة رواه أبو داود والنسائي ومنها حديث يعلى بن أمية رواه أبو داود والنسائي عنه قال قال لي رسول الله إذا أتتك رسلي فادفع إليهم ثلاثين درعا فقلت يا رسول الله إعارة مضمونة أم عارية مؤداة ومنها حديث سمرة رواه الأربعة عنه قال قال رسول الله **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وحسنه الترمذي وقال الحاكم صحيح على شرط البخاري وحجة الذين ينفون الضمان إلا بالتعدي ما رواه الدارقطني ثم البيهقي في

(سننيهما) عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان وروى ابن ماجه في (سننه) عن المثنى بن صباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي قال من أودع وديعة فلا ضمان عليه." (٢)

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ١٩/٢٦٦

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٢٠/١٩٥

"جماعة مات بالبصرة آخر سنة تسع وخمسين عن النبي قال من وجد عين ماله قال التوربشتي المراد منه ما غصب أو سرق أو ضاع من الأموال عند رجل فهو أحق به أي بماله ويتبع بتشديد التاء وكسر الموحدة وفي نسخة بالتخفيف وفتحها البيع بكسر الياء المشددة أي المشتري لذلك المال من باعه أي وأخذ منه الثمن رواه أحمد وأبو داود والنسائي

وعنه أي عن سمرة عن النبي قال **على اليد ما أخذت** أي يجب على اليد رد ما أخذته قال الطيبي رحمه الله ما موصولة مبتدأ وعلى اليد خبره والراجع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة حتى تؤدى بصيغة الفاعل المؤنث والضمير إلى اليد أي حتى تؤديه إلى مالكه فيجب رده في الغصب وإن لم يطلبه وفي العارية إن عين مدة رده إذا انقضت ولو لم يطلب مالكها وفي الوديعة لا يلزم إلا إذا طلب المالك ذكره ابن الملك وهو تفصيل حسن يوضح كلام المظهر يعني من أخذ مال أحد بغصب أو عارية أو وديعة لزمه رده رواه الترمذي وأبو داود وابن ماجة وكذا أحمد والنسائي والحاكم ولفظهم حتى تؤديه بالضمير وعن حرام بن سعد ضد حلال يروى عن أبيه وعن البراء بن عازب كذا في جامع الأصول ولم يذكره المصنف ابن محيصة بتشديد الياء المكسورة وقيل بإسكانها إن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائطا أي بستانا في النهاية الحائط البستان إذا كان عليه حائط وهو الجدار فأفسدت أي بعض الفساد فقضى رسول الله أي حكم أن على أهل الحوائط أي البساتين حفظها بالنهار يعني وعلى أهل المواشي حفظها بالليل وهذا معنى قوله وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن أي مضمون كالكاتم بمعنى المكتوم أو ذو ضمان وعلى أهلها في شرح السنة ذهب أهل العلم إلى أن ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها وما أفسدت بالليل ضمنه مالكها لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار وأصحاب المواشي بالليل فمن خالف هذه العادة كان خارجا." (١)

"قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال وجه قولهم عموم قول الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم البقرة **وعلى اليد ما أخذت** حتى ترد ولأنه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع إنما هو المنافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق

---

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ٤٠٦/٩

الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله ويضمنه حقا للعبد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يزيد قال سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف فإن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فإنه المسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن إبراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فإن إسحاق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن إبراهيم هذا مجهول وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الإثبات وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة إنه يحمل غرم السارق على أجرة القاطع مدفوع برواية البزار لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد وفي المبسوط روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة وأما ديانة فيفتي بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الإيضاح قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لأن الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاط قميصا لا." (١)

"وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم * **على اليد ما أخذت** حتى تؤدى \٢٠٢٢٨\ ابن حنبل في مسنده ج٥/ص١٢ ح٢٠١٤٣." (٢)

" (وصفوان بن أمية) أخرجه أبو داود (وأنس) أخرجه الطبراني في كتاب مسند الشاميين ذكره الزيلعي في نصب الراية في الكفالة بإسناده ومتنه

وفي الباب عن بن عباس ذكره الزيلعي فيه

قوله (حديث أبي أمامة حديث حسن) وأخرجه أحمد وأبو داود وبن ماجه

قال الحافظ الزيلعي قال صاحب التنقيح رواية إسماعيل بن عياش من الشاميين جيدة وشرحبيل من ثقات الشاميين

---

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ١١/٢٥١

(٢) التبويب الموضوعي للأحاديث، ١/٢٣٩١٦

قاله الإمام أحمد ووثقه أيضا العجلي وبن حبان وضعفه بن معين انتهى

والحديث أخرجه الترمذي في الوصايا مطولا

[١٢٦٦] قوله (**على اليد ما أخذت**) أي يجب على اليد رد ما أخذته

قال الطيبي ما موصولة مبتدأ وعلى اليد خبره والرابع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة (حتى تؤدي) بصيغة الفاعل المؤنث والضمير إلى اليد أي حتى تؤديه إلى مالكه فيجب رده في الغصب وإن لم يطلبه

وفي العارية إن عين مدة رده إذا انقضت ولو لم يطلب مالكها

وفي الوديعة لا يلزم إلا إذا طلب المالك

ذكره بن الملك

قال القارىء وهو تفصيل حسن يعني من أخذ مال أحد بغصب أو عارية أو وديعة لزم رده انتهى

(قال قتادة ثم نسي الحسن) أي الحديث (فقال) أي الحسن (هو) أي المستعير (لا ضمان عليه) لا يلزم من قول الحسن إن المستعير لا ضمان عليه أنه نسي الحديث كما ستعرف (هذا حديث حسن) أخرجه الخمسة إلا النسائي وصححه الحاكم

وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور ووقع في بعض النسخ هذا حديث صحيح واستدل بهذا الحديث من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان وهو صالح للاحتجاج به على التضمين لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ على من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ

وقال المقبلي في المنار يحتجون بهذا الحديث في مواضع على التضمين

ولا أراه صريحا لأن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد وإلا فليست بأمينة

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا

وأما الحفظ فمشرك وهو الذي تفيده على فعل هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك لا ضمان عليه

بعد رواية الحديث انتهى

قال ." (١)

"قال الشيخ والرقبى أن يرقب كل واحد منهما موت صاحبه فيكون الدار التي جعلها رقبي لآخر من بقي منهما .

وقال أبو حنيفة العمرى موروثة والرقبى عارية وعند الشافعي الرقبى موروثة كالعمرى وهو حكم ظاهر الحديث .

٨٨/٧١م ومن باب تضمين العارية

قال أبو داود :

٩٩٢- حدثنا مسدد قال حدثنا يحيى عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ثم إن الحسن نسي قال هو أمينك لا ضمان عليه .

قال الشيخ في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة وذلك أن على كلمة الزام وإذا حصلت اليد أخذه صار الأداء لازما لها والأداء قد يتضمن العين إذا كادت موجودة والقيمة إذا صارت مستهلكة ولعله أملك بالقيمة منه بالعين .

قال أبو داود :

٩٩٣- حدثنا الحسن بن محمد وسلمة بن شبيب قالا حدثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه ادراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد قال لا بل عارية مضمونة .

قال الشيخ وهذا يؤكد ضمان العارية وفي قوله عارية مضمونة بيان ضمان قيمتها إذا تلفت لأن الأعيان لا تضمن ومن تأوله على أنها تؤدي ما دامت باقية فقد ذهب عن فائدة الحديث .

وقال قوم إذا اشترط ضمانها صارت مضمونة فان لم يشترط لم يضمن وهذا القول غير مطابق لمذاهب الأصول والشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله ألا ترى أن الوديعة لما كانت أمانة كان شرط الضمان فيها غير مخرج لها عن حكم أصلها وإنما كان ذكر الضمان في حديث صفوان لأنه كان حديث العهد بالإسلام جاهلا بأحكام الدين فأعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن من حكم الإسلام أن العواري مضمونة ليقع له الوثيقة بأنها مردودة عليه غير ممنوعة منه في حال

---

(١) تحفة الأحوذي، ٤٠٢/٤

.

قال أبو داود :." (١)

"الحديث الحادي والأربعون

عن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **على اليد ما أخذت** ، حتى تؤديه » . رواه أهل السنن إلا النسائي .

وهذا شامل لما أخذته من أموال الناس بغير حق ، كالغصب ونحوه ، وما أخذته بحق ، كرهن وإجارة .

أما القسم الأول : فهو الغصب ، وهو أخذ مال الغير بغير حق بغير رضاه ، وهو من أعظم الظلم والمحرمات ؛ فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من غصب قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين » .

وعلى الغاصب أن يرد ما أخذه ، ولو غرم على رده أضعاف قيمته ولو صار عليه ضرر في رده ، لأنه هو الذي أدخل الضرر على نفسه . فإن نقص رده مع أرش نقصه . وعليه أجرته مدة بقائه بيده ، وإن تلف ضمنه .

وأما إذا كانت اليد أخذت مال الغير برضى صاحبه ، بإجارة ، أو رهن أو مضاربة ، أو مساقاة ، أو مزارعة ، أو غيرها : فصاحب اليد أمين ، لأن صاحب العين قد ائتمنه ، فإن تلفت وهي بيده بغير تعد ولا تفريط : فلا ضمان عليه ، وإن تلفت بتفريط في حفظها أو تعد عليها : ضمنها ومتى انقضى الغرض منها ردها إلى صاحبها .

ودخل في هذا الحديث « **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه » .." (٢)

"٣٠٩٤- وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : « من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن » . رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة .

قال الشارح رحمه الله تعالى : قوله : « ولم يوفه أجره » هو في معنى من باع حرا وأكل ثمنه ؛ لأنه استوفى منفعته بغير عوض فكأنه أكلها ، ولأنه استخدمه بغير أجرة فكأنه استعبد .

قوله : « إنما يوفى أجره إذا قضى عمله » فيه دليل على أن الأجرة تستحق بالعمل .

---

(١) تفسير سنن أبي داود (معالم السنن) لأبي سليمان الخطابي، ٢/٢٣٩

(٢) بهجة قلوب الأبرار وقرة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، ص/١٥٣

قوله : « فهو ضامن » فيه دليل على أن متعاطي الطب يضمن لما حصل من الجناية بسبب علاجه وأما من علم منه أنه طبيب فلا ضمان عليه وهو من يعرف العلة ودواءها .

كتاب الوديعة والعارية

٣٠٩٥- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : « لا ضمان على مؤتمن » . رواه الدارقطني .

٣٠٩٦- وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » . رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن .

٣٠٩٧- وعن الحسن عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : « **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه » . رواه الخمسة إلا النسائي .." (١)

"مطلقا ملك الانتفاع بالمعروف في كل ما هو مهيأ له وله انتساخ الكتاب المعار ودفع الخاتم المعار لمن ينقش له على مثله والعواري المقبوضة غير وقف ككتب علم ونحوها كدروع موقوفة على غزاة تلفت بلا تفريط كسرقة من حرز مثلها مضمونة بكل حال نصا وبه قال ابن عباس وعائشة وأبو هريرة لقوله صلى الله عليه وسلم لصفوان بل عارية مضمونة فأثبت الضمان من غير تفصيل ولحديث سمرة مرفوعا **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذي وقال حسن غريب وأما الوقف فلا يضمن بلا تفريط لأن قبضه ليس على وجه يختص مستعير بنفعه لأن تعلم العلم وتعليمه الغزو من المصالح العامة أو لكون الملك فيه لغير معين أو لكونه من جملة المستحقين له أشبه سقوط قنطرة بمشيه عليها بخلاف حيوان موصى بنفعه إذا قبضه موصى له وتلف عنده فلا يضمنه إن لم يفرط لأن نفعه مستحق له وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه مرفوعا ليس على المستعير غير المغل ضمان أجيب عنه بأن في إسناده عمرا وعبيدا وهما ضعيفان قاله الدارقطني فإن صح حمل على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال جمعا بين الأخبار بقيمة متقومة يوم تلف لأنه يوم تحقق فواتها ومثل مثلية كصنجة من نحاس لا صناعة بها استعارها ليزن بها فتلفت فعليه مثل وزنها من نوعها ويلغو شرط عدم ضمانها أي العارية كالغاء شرط ضمان أمانة كوديعة لأن مقتضى العقد في العارية الضمان وفي الأمانة عدمه فإذا شرط خلافه فسد لمنافاته مقتضي العقد ولو أركب إنسان دابته شخصا منقطعا لله فتلفت الدابة تحته أي المنقطع لم يضمنها لأنها غير مقبوضة لأنها بيد صاحبها وراكبها لم ينفرد

(١) بستان الأحبار شرح منتقى الأخبار (من دروس قناة المجد)، ١/١٧٤

بحفظها أشبه ما لو غطى ضيفه بلحاف فتلف عليه لم يضمنه كرديف ربها أي الدابة بأن أركب معه آخر على الدابة فتلفت تحتهما لأن الدابة بيد ربها وكرائض يركب الدابة لمصلحتها فتلفت تحته وكوكيل ربها إذا تلفت تحت يده لأنه لم يثبت لها حكم العارية ومن قال لرب دابة لا أركب إلا بأجرة فقال له ربها ما آخذ منك لها أجرة ثم ركبها فعارية لأن ربها لم يبذلها إلا كذلك أو استعمل المودع الوديعة بإذن ربها فعارية فيضمن ما تلف من ذلك ولا يضمن مستعير ولد عارية سلم معها بتلفه عنده لأنه لم يدخل في

(١) ".

"الإعارة ولا فائدة لمستعير فيه أشبه الوديعة ولا يضمن مستعير زيادة حدثت في معارة عنده لعدم ورود عقد العارية عليها فإن كانت موجودة حال العقد بأن كانت سمينة فهزلت عند مستعير ضمن نقصها كما لا يضمن مؤجرة ولا ولدها ولا زيادتها لأنها أمانة بلا قيد من مستعير أو مستأجر فإن تعديا ضمنا ولا تضمن هي أي العارية أو جزؤها باستعمال بمعروف كحمل منشفة أو قطيفة وكثوب بلى باللبس لأن الإذن في الإستعمال تضمن الإذن في الإتلاف به وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع فإن حمل في الثوب ترابا فتلف به ضمنه لتعديه به وإن جرح ظهر الدابة بالحمل ضمنه مطلقا ذكره الحارثي ويقبل قول مستعير بيمينه أنه لم يتعد الاستعمال بالمعروف لأنه منكر وعليه أي المستعير مؤنة ردها أي العارية لحديث العارية مؤداة وحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وكمغصوب بجامع أنه قبضها لا لمصلحة مالكها فيردها إلى الموضع الذي أخذها منه إن لم يتفقا على ردها إلى غيره ولا يجب على مستعير مؤنتها أي العارية من إنتفاعه بها عنده بل هي على مالكها كالمؤجرة ويبرأ مستعير برد الدابة وغيرها من العواري إلى من جرت عادته أي الإنسان به أي الرد على يده كسائس الدابة وخازن وزوجة ووكيل عام لمالك في قبض حقوقه لأنه مأذون فيه عرفا أشبه ما لو أذن فيه نطقا ولا يبرأ مستعير بردها أي الدابة إلى إصطبله بقطع الهمزة أو إلى غلامه أي خادمه حرا كان أو عبدا لأنه لم يردها إلى مالكها ولا إلى نائبه فيه كرد السارق ما سرقه إلى الحرز ومن سلم لشريكه الدابة المشتركة ليحفظها بلا استعمال فتلفت بلا تفريط أو تعد لم يضمن لأنها أمانة بيده فإذا أذن له في الاستعمال فكعارية إلا أن يكون في نظير إنفاقه عليها أو تناوبه معه وإن استعملها بلا إذن فغضب

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٩٣

تتمة يجب رد عارية بطلب مالك وبانقضاء الغرض منها وبانتهاء التأقيت وبموت معير أو مستعير فإن أخر الرد بعد ذلك فعليه أجرة المثل ذكره الحارثي

". (١)

" فصل ويجب على غاصب رد مغصوب إلى محله

إن قدر الغاصب عليه أي على رده ولو كان رده بأضعاف قيمته أي المغصوب لكونه بني عليه بأن غصب حجرا أو خشبا قيمته درهم مثلا وبني عليه واحتاج في إخراجه ورده إلى خمسة دراهم أو لكونه بعد بأن حمل إلى بلد بعيدة بحيث تكثر أجرة رده على قيمته أو لكونه خلط بمتميز كأن غصب سمسما وخلطه ببر واحتاج في تخليصه إلى أجرة ونحوه كأن غصب حيوانا فانفلت بمكان يعسر مسكه فيه ويحتاج فيه إلى أجرة فتلزم الغاصب لحديث **على اليد ما أخذت** حتى ترده رواه أبو داوود وابن ماجة والترمذي وحسنه ولحديث لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا فإذا أخذ عصا أخيه فليردها إليه أو يردها عليه رواه أبو داوود ولأنه حصل بتعديه فكان أولى بغرمه من مالكه وإن قال رب مغصوب معبد لغاصب بعده دعه بالبلد الذي هو بها وأعطني أجرة رده إلى بلد غصبه لم يجب أي لم يلزم الغاصب إجابته إلى ذلك لأنها معاوضة وكذا لو طلب من غاصب حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد وكذا لو بذل الغاصب لمالكه أكثر من قيمته ولا يسترده وأبى المالك وإن أراد مالك من غاصب رده إلى بعض الطريق فقط لزمه لأنه يلزمه إلى جميع المسافة فلزمه إلى بعضها كمدين أسقط عنه رب الدين بعضه وطلب باقيه وكذا إن طلب إبقاءه بمحله ويجوز ما اتفقا عليه من ذلك وان سمر غاصب بالمسامير المغصوبة بابا أو غيره قلعها وجوبا وردها لربها للخبر ولا أثر لضرره لأنه بتعديه وإن زرع الغاصب الأرض المغصوبة فليس لربها أي الأرض إذا ردت بعد حصد الزرع إلا الأجرة أي أجرة المثل من وضع يده على الأرض إلى ردها وليس له تملك الزرع بعد حصاده لأنه انفصل عن ملكه كما لو غرس فيها غرسا ثم قلعه ويخير رب أرض قدر عليها من غاصب قبله أي قبل حصاده بين تركه أي الزرع في أرضه إليه أى الحصاد بأجرته أي أجرة مثله أو تملكه أي الزرع بنفقته وهي مثل البذر وعوض لواحقه من حرث وسقي ونحوهما لحديث رافع بن خديج مرفوعا من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٩٤

" (١).

"بواطىء للشبهة ويفدي أي يلزم الواطىء فداء الولد لسيدها لحيلولته بينه وبين السيد بإعتقاده بإنفصاله أي الولد حيا لا ميتا لأنه لم تعلم حياته قبل ولم توجد حيلولة بينه وبينه ويفديه بقيمته نصا كسائر المتقومات يوم وضعه لأنه أول امكان تقويمه إذ لا يمكن تقويمه حملا ولأنه وقت الحيلولة وان ضرب غاصب محكوم بحرية ولده بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئا لأنه قاتل وعليه للسيد عشر قيمة أمه لضمانه له ضمان المماليك وإن كان الضارب أجنبيا فعليه غرة موروثة عنه للحكم بحريته وعلى الغاصب عشر قيمة أمه لما تقدم وإن انتقلت عين مغصوبة عن يد غاصبها إلى غير مالكها فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب فلمالكها تضمينه العين والمنفعة الفائتة لأنه ان علم الحال فغاصب وإن جهله فلعموم حديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولحصولها في يده بغير حق فملك المالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب لكن إنما يستقر عليه ما دخل على ضمانه من عين أو منفعة وما لم يدخل على ضمانه يستقر على الغاصب والأيدي المترتبة على يد الغاصب عشرة الأولى القابضة تملكا بعوض مسمى وهي يد المشتري ومن في معناه كالمتهب بعوض فمن غصب أمة بكرا فاشتراها منه آخر واستولدها ثم ماتت عنده أو غصب دارا أو بستانا أو عبدا ذا صنعة أو بهيمة فاشتراها إنسان واستعملها إلى أن تلفت عنده ثم حضر المالك وضمن المشتري ما وجب له من ذلك لم يرجع بالقيمة ولا بأرش البكارة على أحد لدخوله على ضمان ذلك لبذله العوض في مقابلة العين بخلاف المنافع فإنما تثبت للمشتري تبعا للعين ويرجع معتاض أي مشتر ونحوه غرم بتضمين مالك له على غاصب بنقص ولادة ومنفعة فائتة بأباق ونحوه كمرض ومهر وأجرة نفع وثمر وكسب وقيمة ولد منه أو من زوج زوجها له لأنه لم يدخل على ضمان شيء من ذلك حيث جهل الحال فإن علمه استقر عليه ذلك كله ويرجع غاصب غرم الجميع لمالك على معتاض بقيمة عين وأرش بكارة لدخوله على ضمانها الثانية يد مستأجر وقد ذكرها بقوله وفي إجارة يرجع مستأجر غرم لمالك قيمة العين والمنفعة على غاصب بقيمة عين تلفت بيده بلا تفريط وجهل الحال لأنه لم يدخل على ضمانها بخلاف المنفعة فتستقر عليه لدخوله على ضمانها ويرجع

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٩٨

(١) ".

" حرزه أو بغير فعله بغير تفريط فروي عنه لا يضمن ، وعنه إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدوا أو غرقا فلا ضمان والصحيح الأول ، وهذه الرواية تحتمل إنما وجب الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه متهم ، وقال مالك : يضمن بكل حال لحديث ' **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ' والعين المستأجرة أمانة إن تلفت بغير تفريط لم تضمن ، قال أحمد فيمن يكري الخيمة إلى مكة فتسرق من المكتري : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن إذا ذهب ولا نعلم في هذا خلافا . فإن شرط المؤجر الضمان فالشرط فاسد . وروى الأثرم عن ابن عمر قال : لا يصلح الكرى بالضمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم قالوا لا يكرى بضمان إلا أنه من شرط على المكتري أن لا ينزل بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف فهو ضامن . | وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو الرائض لم يضمن ، وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي للتأديب ، وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي وإسحق ، وقال الثوري وأبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمن كغيره ، وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب . | وإذا اختلفا في قدر الأجرة فقال أجرتنيها سنة بدينار فقال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين المؤجر نص عليه ، وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة ، وإن اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة فقال بل سنتين فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة . | وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها وبه قال الشافعي ، وقال مالك : لا يستحق المطالبة بها إلا يوما بيوم إلا أن يشترط تعجيلها ، وإذا

---

(٢) ".

" الشافعي وإسحق ، وقال الحسن والشعبي ومالك وأبو حنيفة : لا تضمن إلا بالتعدي . وإن شرط نفي الضمان لم يسقط ، وقيل : يسقط أومأ إليه أحمد وبه قال قتادة والعنبري . وليس له أن يعير ، وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي أعارها فلا ضمان عليه ، وعلى المستعير مؤنة الرد لقوله : ' **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ' . | وإن قال : أجرتك فقال : بل أعرتني عقيب العقد فالقول قول

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣١١/٢

(٢) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٥٧٥

الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة فإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى دون ما بقي ، وقال الشافعي : القول قول الراكب لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك العوض ، وإن اختلفا بعد تلف الدابة فالقول قول المالك لأن الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقوله : ' **على اليد ما أخذت** حتى ترده ' .

(ومن هنا إلى آخر الباب من (الإنصاف)) | قيل : تجب العارية مع غناء المالك اختاره الشيخ ، واختار أنها لا تضمن إلا بالشرط . ومؤنة العارية على المعير ، وقيل : على المستعير ، ومال إليه الشيخ .

". (١)

"١١٥٩- ولأبي داود عن يوسف بن ماهك عن فلان حدثني أبي: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله١.

١١٦٠- وعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي" ٢. قال قتادة: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك ولا ضمان عليه حسنه الترمذي٣.

١١٦١- وعن صفوان "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا٤ فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة. [قال] فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب" رواه أحمد وأبو داود٥.

١١٦٢- وعن أبي أمامة [قال]: سمعت رسول الله صلى الله

ـ

١ أبو داود -البيوع- ٣/ ٢٩٠- ح ٣٥٣٤.

٢ في المخطوطة: "حتى تؤديه"، وهو لفظ ابن ماجه.

٣ الترمذي -البيوع- ٣/ ٥٦٦- ح ١٢٦٦ ، وأبو داود- البيوع- ٣/ ٢٩٦- ح ٣٥٦١ و ابن ماجه -الصدقات- ٢/ ٨٠٢- ح ٢٤٠٠ ، لكن ليس فيه "ثم نسى الحسن إلخ...".

٤ أدراعا: جمع درع. والدرع ما يلبسه المقاتل في المعركة ليتقي به ضرب السيوف.

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٥٨٨

٥ أحمد في المسند – ٦/ ٤٦٥ ، وأبو داود –البيوع– ٣/ ٢٩٦– ح ٣٥٦٢ و ٣٥٦٣، واللفظ لأحمد.." (١)

"قدم في) الرجل (اليمين أو الشمال وهو الكوع) وفي الإنصاف الكوع انقلاب أصابع القدمين عليهما (أو بعقبيهما) أي الرجلين صكك (وهو تقاربهما أو بالفرس خيف

وهو كون إحدى عينيه زرقاء والأخرى كحلاء) أي سوداء

فصل (فمن اشترى معيبا لم يعلم) حال العقد (عيبه ثم علم بعيبه) فله الخيار سواء (علم البائع بعيبه فكتمه) عن المشتري (أو لم يعلم) البائع بعيبه (أو حدث به) أي بالمبيع (عيب بعد عقد وقبل قبض فيما ضمانه على بائع كمكيل وموزون ومعدود ومزروع) بيع بذلك (و) ك (ثمر على شجر ونحوه)كمبيع بصفة أو رؤية متقدمة (خير) المشتري (بين رد) استدراكا لما فاته وإزالة لما يلحقه من الضرر في بقائه في ملكه ناقصا عن حقه

(وعليه) أي المشتري إذا اختار الرد (مؤنة رده) إلى البائع

لحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

(و) إذا رده (أخذ الثمن كاملا) لأن المشتري بالفسخ استحق استرجاع جميع الثمن

(حتى ولو وهبه) البائع (ثمنه) أي ثمن البيع (أو أبرأه منه) أي من الثمن كله أو بعضه ثم فسخ رجع بكل الثمن

كزوج طلق قبل دخول بعد أن أبرأته من الصداق أو وهبته له

فإنه يرجع بنصفه

(وبين إمساك) المبيع (مع أرش) العيب (ولو لم يتعذر الرد رضي البائع) بدفع الأرش (أو سخط) به لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض

فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض

ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله وهو الأرض وهل يأخذ الأرش من عيب الثمن أو حيث شاء البائع فيه احتمالان

وصحح ابن نصر الله الثاني في باب الإجارة

---

(١) مجموعة الحديث على أبواب الفقه، ٣/٤٤٢

قال في تصحيح الفروع وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب

قال في الاختيارات ويجبر المشتري على الرد أو أخذ الأرش لتضرر البائع بالتأخير

(ما لم يفض إلى ربا كشراء حلي فضة بزنته دراهم أو قفيز مما يجري فيه الربا) اشتراه (بمثله ثم وجده معيبا

فله الرد أو الإمساك مجانا) أي من غير أرش لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل أو إلى مسألة مد عجوة

(وإن تعيب) أي الحلي أو القفيز المعيب (أيضا عند مشتر فسخ حاكم البيع) إن لم يرض المشتري بإمساكه معيبا

لتعذر الفسخ من كل

." (١)

"ابتداء ثم حل قاله ابن رجب

وتقدم (وإلا) بأن لم يطالب به ربه

(فلا) يجب عليه على الفور لمفهوم ما سبق

(فإن كان له) أي المدين (سلعة فطلب) من رب الحق (أن يمهله حتى يبيعها ويوفيه) الدين (من ثمنها أمهل بقدر ذلك) أي بقدر ما يتمكن من بيعها والوفاء

وكذا إن طولب بمسجد أو سوق وماله بداره أو مودع أو ببلد آخر

فيمهل بقدر ما يحضره فيه

(وكذلك إن أمكنه) أي المدين (أن يحتال لوفاء دينه باقتراض ونحوه) فيمهل بقدر ذلك ولا يحبس لعدم امتناعه من الأداء ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها

وإن خاف رب الحق هربه احتاط بملازمته أو كفيل (و) إن (طلب) المدين (أن يرسم عليه حتى يفعل ذلك) أي ما يتمكن به من الوفاء (وجبت إجابته إلى ذلك) دفعا لضرره

(ولم يجز منعه منه) أي الوفاء (بحبسه) لأنه عقوبة لا محوج إليها

---

(١) كشاف القناع، ٣/٢١٨

(وكذا إن طلب تمكينه منه) أي من الوفاء (محبوس) فيمكن (أو توكل) إنسان (فيه) أي في وفاء الدين

فيمهل بقدر ما يتمكن فيه من الوفاء (قاله الشيخ)

كما يمهل الموكل (ولو مطل) المدين رب الحق (حتى شكى عليه

فما غرمه) رب الحق (فعلى) المدين (المماطل) إذا كان غرمه على الوجه المعتاد ذكره في الاختيارات

لأنه تسبب في غرمه بغير حق

(وفي الرعاية لو أحضر مدعي به ولم يثبت للمدعي لزمه) أي المدعي (مؤنة إحضاره

و) مؤنة (رده) إلى موضعه لأنه ألجأه إلى ذلك بغير حق

(وإلا) بأن أثبته (لزم المنكر) لحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه

(وقال الشيخ لو تغيب مضمون عنه فغرم الضامن بسببه) رجع بما غرمه أو أنفقه في الحبس كما تقدم أطلقه في موضع وقيده في آخر بقادر على الوفاء وتقدم

قال في شرح المنتهى ولعل المراد ضمنه بإذنه وإلا فلا فعل له ولا تسبب

(أو غرم) شخص (بسبب كذب عليه عند ولي الأمر) أو بإغراء أو دلالة عليه (رجع) الغارم (على المتسبب) بما غرمه لتسببه

وقرار الضمان على الآخذ إن كان الأخذ ظلما

(فإن أبى من) أي مدين (له مال يفي بدينه) الحال (الوفاء حبسه الحاكم) لما روى عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته رواه أحمد وأبو داود وغيرهما

قال أحمد قال وكيع عرضه شكواه وعقوبته حبسه

وظاهر كلامه أنه متى توجه حبسه حبس

ولو كان أجيرا في مدة الإجارة أو امرأة مزوجة لأن الإجارة والزوجية لا تمنع من الحبس ذكره في المبدع

". (١)

"كدخن وذرة

وإذا أعاره للركوب لم يحمل وعكسه (وغير ذلك) أي حكم المستعير حكم المستأجر في غير ما ذكر مما تقدم في الإجارة (إلا أنهما) أي المستعير والمستأجر (يختلفان في شيئين

أحدهما) أن المستعير (لا يملك الإعارة ولا الإجارة على ما يأتي) لأنه لا يملك المنفعة بل الانتفاع

(والثاني الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع) لأنها عقد جائز

فلا أثر للجهالة فيه للتمكن من قطعها بالفسخ بخلاف الإجارة (فلو أعاره مطلقا) أي أعاره عينا ولم يبين صفة الانتفاع بها (ملك) المستعير (الانتفاع بالمعروف في كل ما هو) أي المعير (مهيأ) أي صالح (له كالأرض مثلا تصلح للبناء والغراس والزراعة والارتباط) فله الانتفاع بها في أي ذلك أراد (وما كان غير مهيأ له وإنما يصلح لجهة واحدة كالبساط إنما يصلح للفرش

فالإطلاق فيه كالتقييد للتعيين) أي لتعيين نوع الانتفاع (بالعرف) فيحمل الإطلاق عليه (فله) أي المستعير (استنساخ الكتاب المعير

و) له (دفع الخاتم المعير إلى من ينقش له على مثاله) لأن المنافع واقعة له فهو كالوكيل (وإذا أعاره) أرضا (للغرس أو للبناء أو للزراعة لم يكن له) أي المستعير (ما زاد على المرة الواحدة) بلا إذن المعير لعدم تناول الإذن للزائد (فإن زرع) المستعير (أو غرس) أو بنى (ما ليس له) زرعه أو (غرسه) أو بناؤه (فكغاصب) لأنه تصرف بغير إذن المالك (واستعارة الدابة للركوب لا تفيد السفر بها) لأنه ليس مأذونا فيه نطقا ولا عرفا (والعارية المقبوضة مضمونة) روي عن ابن عباس وأبي هريرة

لما روى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الخمسة وصححه الحاكم

وعن صفوان أنه صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا فقال أغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة رواه أحمد وأبو داود

وأشار أحمد إلى الفرق بين العارية والوديعة بأن العارية أخذتها اليد

---

(١) كشاف القناع، ٤١٩/٣

والوديعة دفعت إليك ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف

فكان مضمونا كالغصب وقاسه في المغني والشرح على المقبوض على وجه السوم فيضمنها المستعير (بقيمتها يوم التلف) لأنه حينئذ يتحقق فوات العارية فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة

ولعل المراد بيوم التلف وقته ليلا كان أو نهارا (بكل حال) أي لا فرق بين أن يتعدى فيها أو يفرط فيها أو لا (وإن شرط نفي ضمانها) أي لم يسقط لأن كل عقد اقتضى

." (١)

"لجاهل بالحال فيستقر على المستأجر ضمان المنفعة

وعلى المستعير ضمان العين (وليس له) أي المستعير (أن يستعمل ما استعاره في غير ما يستعمل فيه مثله مثل أن يحشو القميص قطنا كما يفعل بالجوالق) غرارة من شعر ونحوه (أو يحمل فيه) أي القميص (ترابا أو يستعمل المناشف والطنافس في ذلك) أي حشو القطن أو التراب (أو يستظل بها من الشمس أو نحوه) لأنه غير مأذون فيه لفظا ولا عرفا (فإن فعل) ذلك (ضمن ما نقص من أجزائها بهذه الاستعمالات) لتعديه بها (فإن اختلفا) أي المعير والمستعير (فيما ذهبت به أجزاؤها فقال المستعير) ذهبت (بالاستعمال المعهود) أي المعتاد (وقال المعير) ذهبت (بغيره ولا بينة فقول مستعير مع يمينه ويبرأ من ضمانها) لأنه منكر

والأصل براءته (ويجب) على المستعير (الرد) للعارية (بمطالبة المالك) له بالرد ولو لم ينقض غرضه منها أو بمضي الوقت لأن الإذن هو المسلط لحبس العين وقد انقطع بالطلب (و) يجب الرد أيضا (بانقضاء الغرض من العين) المعيرة لأن الانتفاع هو الموجب للحبس وقد زال (وبانتهاء التأقيت) إن كانت العارية مؤقتة لانتهائها (وبموت المعير أو المستعير) لبطلان العارية بذلك لأنها عقد جائز من الطرفين (وحيث تأخر الرد فيما ذكرنا ففيه) أي المعير (أجرة المثل) لمدة تأخيره (لصيرورته) أي المعير (كالمغصوب

---

(١) كشاف القناع، ٧٠/٤

قاله الحارثي) لعدم الإذن فيه (وعلى مستعير مؤنة رد العارية إلى مالكها كمغصوب) لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد

و (لا) يجب على المستعير (مؤنتها) أي العارية من مأكل ومشرب ما دامت (عنده) بل ذلك على مالكها كالمستأجرة (وعليه) أي المستعير (ردها) أي العارية (إليه) أي المالك أو وكيله (إلى الموضع الذي أخذها منه) كالمغصوب (إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره) قاله في الشرح (ولا يجب على المستعير أن يحملها) أي العارية (له) أي المعير (إلى موضع آخر) غير الذي استعاره فيه (فإذا أخذها) أي العارية (بدمشق وطالبه) مالكها بها (ببعلبك

فإن كانت معه لزم الدفع) لعدم العذر (وإلا) تكن معه ببعلبك (فلا) يلزمه حملها إليها لأن الإطلاق إنما اقتضى الرد من حيث أخذ إعادة للشيء إلى ما كان عليه

فلا يجب ما زاد (وإن استعار ما ليس بمال ككلب مباح الاقتناء) قلت أو جلد ميتة مدبوغ (أو أبعد حرا صغيرا) قلت ومثله مجنون (عن بيت أهله لزمه ردهما و) لزمه (مؤنة الرد) لعموم ما

". (١)

"تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولو مات الحر لم يضمنه كما يأتي في الباب عقبه وفي الديات (فإن رد) المستعير (الدابة إلى إصطبل) بقطع الهمزة مكسورة وفتح الطاء وسكون الباء غير عربي (مالكها أو) إلى (غلامه وهو القائم بخدمته وقضاء أموره عبدا كان أو حرا) لم يبرأ بذلك (أو) ردها إلى (المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها) لم يسلمها لأحد

لم يبرأ بذلك (أو) رد العارية (إلى عياله الذين لا عادة لهم بقبض ماله لم يبرأ من الضمان) لأنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ كالأجنبي (وإن ردها) أي رد المستعير الدابة (أو) رد (غيرها) من العواري (إلى من جرت عادته بجريان ذلك) أي الرد (على يده كسائس) رد إليه الدابة (و) ك (زوجة متصرفة في ماله وخازن) إذا رد إليهما ما جرت عادتهما بقبضه (و) ك (وكيل عام في قبض حقوقه قاله) القاضي (في المجرد برىء) المستعير من الضمان لأنه مأذون في ذلك عرفا

---

(١) كشاف القناع، ٧٣/٤

أشبه ما لو أذن له فيه نطقا (وإن سلم شريك إلى شريكه الدابة المشتركة

فتلفت بلا تفريط ولا تعد بأن ساقها فوق العادة) مثال للتعدي المنفي وقوله (من غير انتفاع ونحوه) متعلق بسلم (لم يضمن

قاله الشيخ) لأنه أمين (وتأتي تتمته في الهبة) وإن ساقها فوق العادة ضمن

وإن سلمها إليه ليعلفها ويقوم بمصلحتها ونحوه

لم يضمن

وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء حوائجه عليها فعارية (ومن استعار شيئا ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله) لأنه لم يأذن في استعماله (يطالب به من شاء منهما) أما الدافع فلتعديه بالدفع

وأما القابض فلقبضه مال غيره بغير إذنه (فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم) لأنه غره (ما لم يكن) المستعير (عالما) بالحال

فيستقر عليه الضمان لأنه دخل على بصيرة (وإن ضمن) المالك (المعير) الأجرة (لم يرجع) بها (على أحد) إن لم يكن المستعير عالما وإلا رجع عليه لما تقدم (ويأتي في الغصب) موضحا

فصل (وإن دفع إليه دابة أو غيرها) من الأعيان المنتفع بها مع بقائها (ثم اختلفا) أي المالك والقابض (فقال) المالك (أجرتك فقال) القابض (بل أعرتني)

وكان ذلك (عقب العقد) بأن لم يمض زمن له أجرة عادة (والدابة) أو غيرها (قائمة) لم تتلف (فقول القابض) بيمينه لأن الأصل عدم عقد الإجارة (و) حينئذ (ترد) العين (إلى مالكها) لأنه لا مستحق لها غيره

." (١)

"التخلل فبعده أولى (لا ما أريق) من خمر مسلم

ولعل المراد غير خلال (فجمعه آخر فتخلل) في يد جامعه

فلا يلزمه رده (لزوال يده هنا) بالإراقة (وإن أتلف) غاصب أو غيره (الكلب أو الخمر ولو كان المتلف ذميا لم تلزمه قيمتهما) لأنهما ليس لهما عوض شرعي لأنه لا يجوز بيعهما (كخنزير

---

(١) كشاف القناع، ٧٤/٤

و) ك (خمر غير مستورة) ولو لذمي (وتجب إراقة خمر المسلم) غير الخلال لأنه لا يقر على اقتنائه (ويحرم ردها) أي الخمر (إليه) أي المسلم غير الخلال لأنه إعانة له على ما يحرم عليه (وإن غصب جلد ميتة نجسة

لم يلزمه) أي الغاصب (رده) ولو دبغه (لأنه لا يطهر بدبغه

ولا قيمة له) لأنه لا يصح بيعه

واختار الحارثي يجب رده حيث قلنا ينتفع به في اليابسات لأن نفعا مباحا كالكلب المقتنى

وصححه في تصحيح الفروع

وهو القياس

وقطع به ابن رجب

واختاره أيضا الموضح

وقال وصرحوا بوجوب رده في الإقرار بالمجمل (وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك ولو) كان (صغيرا) لأنه ليس بمال (ويأتي في الديات إن شاء الله تعالى) بأوضح من ذلك

لكن تقدم في الباب قبله إذا أبعده عن بيت أهله يلزمه رده ومؤنته عليه

ولا يضمن دابة عليها مالكها الكبير ومتاعه لأنها في يد مالكها

نقله ابن رجب عن القاضي

وجزم به في المنتهى (ويضمن) الغاصب (ثيابه) أي ثياب حر صغير (وحليه) وإن لم ينزعه عنه لأنه مال

أشبه ما لو كان منفردا (وإن استعمله) أي الحر كبيرا كان أو صغيرا (كرها أو حبسه مدة فعليه أجرته) لأن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنها

فضمنت بالغصب (ك) منافع (العبد

وإن منعه) أي منع إنسان آخر (العمل من غير حبس

فلا) ضمان عليه في منافعه (ولو) كان الممنوع (عبدا) لأن منافعه فاتت تحت يده

فلا يضمنها الغير

فصل (ويلزمه) أي الغاصب (رد المغصوب إلى محله) الذي غصبه منه (وإن بعد إن قدر على رده) أي إن كان باقيا لقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وحسنه الترمذي ولما روى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا ومن أخذ عصا

---

(١) ".

"ذلك) أي في قيمتها أكثر ما كانت (أرش بكارتها ونقص ولادتها) لأنها تقوم بكرا لا نقص بها وعلى المذهب من أنها تقوم يوم التلف لا يدخل ذلك بل يضم إلى قيمتها (ولا يدخل فيه) أي في قيمتها أكثر ما كانت (ضمان ولدها) لو مات (ولا مهر مثلها) بل يضم ذلك إلى القيمة على كلا القولين

ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها

فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه إن كان عالما بالحال كان غاصبا وإن كان جاهلا فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق فملك المالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب لكن إنما يستقر عليه ما دخل ضمانه من عين

أو منفعة

وما عداه فعلى الغاصب إن لم يعلم

إذا تقرر ذلك فالأيدي المترتبة على يد الغاصب عشرة تأتي مفصلة

فمن غصب أمة بكرا فباعها أو وهبها لإنسان أو زوجها له ونحوه واستولدها ثم ماتت عنده أو غصب دارا أو بستانا أو عبدا ذا صناعة أو بهيمة

ثم باع ذلك أو وهبه ونحوه ممن استغله إلى أن تلف عنده ثم حضر المالك

فله تضمين أيهما شاء

وقد أشار إلى ذلك بقوله (وإن باعها) أي الجارية (أو وهبها ونحوهما) بأن جعلها صداقا أو عوضا في خلع أو طلاق أو عن قرض ونحو ذلك (من كل قابض منه) أي من الغاصب تملكا بعوض أو

---

(١) كشاف القناع، ٧٨/٤

غيره (لعالم بالغصب فوطئها) القابض وأولدها (فللمالك تضمين أيهما شاء) أي الغاصب أو القابض (نقصها) أي الجارية (ومهرها وأجرتها وأرش بكارتها وقيمة ولدها إن تلف) ولدها (فإن ضمن) المالك (الغاصب) ذلك (رجع) الغاصب (على الآخر) وهو القابض منه بما ضمنه له المالك (لحصول التلف في يده) العادية حيث علم بالغصب (وإن ضمن) المالك (الآخر) أي القابض من الغاصب العالم بالحال جميع ذلك (لم يرجع) القابض بما غرمه (على أحد) لاستقرار ذلك عليه لدخوله على بصيرة (والنقص والأجرة قبل البيع والهبة) ونحوهما (على الغاصب) فليس للمالك تضمينهما للقابض لأنهما لم يذهبا تحت يده (وإن لم يعلما) أي المشتري والمتهب (بالغصب فهما كالغاصب في جواز تضمينها العين والمنفعة) من حين القبض لما تقدم (لكنهما يرجعان على الغاصب بما لم يلتزما ضمانه) أي بما لا يقتضي العقد ضمانه من عين أو منفعة وكذا سائر الأيدي المترتبة على يد الغاصب

." (١)

"

....

..............................ز

من الطعام، وورد ذلك في الإشراف لابن المنذر، وقد جاء عن الإمام أحمد ثلاث روايات في ضمان الأجير المشترك لما يتلف في يده:

الأولى: لا يضمن سواء كان سبب الهلاك مما لا يستطاع دفعه كالحريق، والغرق، أوكان مما يستطاع، كاللصوص ونحوه إذا لم يتلف بفعله، وهذه الرواية موافقة للمسألة، وقد أسند القاضي روايتها إلى ابن منصور.

والثانية: إن كان هلاكه بما لا يستطاع الامتناع منه فلا ضمان عليه وإن كان مما يستطاع ضمن.

والثالثة: يضمن سواء كان هلاكه بما يستطاع، أو بما لا يستطاع، وهو مفهوم رواية مهنا عن أحمد: فيمن دفع إلى القصار ثوبا يقصره ثم ذهب الثوب مقصورا، فعليه قيمة الثوب خاما، لعموم قوله صلى الله عليه

---

(١) كشاف القناع، ٩٩/٤

وسلم: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي".

رواه الإمام أحمد في مسنده ٥/٨، وأبوداود في كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣/٨٢٢، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ٣/٥٥٧، وابن ماجه ٢/٨٠٢، والدارمي، الناشر: عبد الله هاشم يماني عام ١٣٨٦هـ ج ٢/٢٦٤.

قال الترمذي بعد أن ساق هذا الحديث: ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم إلى هذا وقالوا: يضمن صاحب العارية وهو قول الشافعي وأحمد.

قال القاضي: والأولى أصح، وهو اختيار الخرقي، وذكر مثل ذلك في رؤوس المسائل، وفي الإنصاف قال: ويضمن أيضا ما تلف بفعله مطلقا على الصحيح من المذهب، نص عليه في رواية ابن منصور.

وقيل: لا يضمن ما لم يتعد، وقد مال إلى هذه صاحب الإنصاف. انظر: مسائل عبد الله ٣٠٣، والروايتين والوجهين لأبي يعلى ٤٣٠، ورؤوس المسائل ورقة: (١٨٨)، والإنصاف ٦/٧٢.

". (١)

"

[١٩١٩-] قلت: رجل اشترى ثوبا فقطعه قميصا، ثم رأى به عيبا؟

قال: إذا رأى به عيبا، فإن شاء رد القميص، ورجع البائع على المشتري بقدر النقصان من القطع، وإن شاء حبسه المشتري، ورجع على البائع، بقدر الذي نقص من القيمة.

قال إسحاق: كما قال.

وهذا١ رأي شريح.

[١٩٢٠-] سئل أحمد عن رجل استعار دابة إلى مكان سماه، فعطبت؟

قال: هو ضامن، والعارية مؤداة٢، "**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي".٣

قال إسحاق: كما قال.

[١٩٢١-] قلت: الموازنة يكون للرجل على الرجل أربعة٤ دوانيق،٥ فيضع هو

---

١ في نسخة ع: "وهو".

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٢٦٥٢

٢ سبق تحقيق هذه المسألة عند المسألة رقم (١٨١٣).

٣ هذا الحديث سبق تخريجه عند المسألة رقم (١٨١٣).

٤ في الأصل "أربع" وما أثبتناه أصح، لأن: دوانق جمع دانق وهو مذكر، فلزم تأنيث عدده.

٥ دانق، ودانق، ودوانيق، والدانق معرب، وهو سدس درهم.

انظر: تهذيب اللغة ٣٥/٩، والمصباح ٢٣٩.

". (١)

"

قال أحمد: نحن نقول: العارية مؤداة.١ وإن كان أرهنه٢ بإذن صاحبه، فلا بد له من أن يؤديه (**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي).٣

قال إسحاق: كما قال سفيان.

---

١ هذا قطعة من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

وقد سبق تخريجه عند المسألة رقم (١٨١٣).

٢ في نسخة ع: "رهنه".

٣ هذا حديث سمرة رضي الله عنه، وقد سبق تخريجه عند المسألة رقم (١٨٦٢).

وقال ابن المنذر في الإشراف ١٥٤: اختلفوا في الرجل يستعير من الرجل الثوب، ليرهنه بعشرة دراهم، وضاع الثوب عند المرتهن، فكان محمد بن الحسن يقول: يرد الراهن العشرة التي أخذها على رب الثوب، ويبطل حق المرتهن، ولا يضمن المرتهن ولا الراهن من الفضل شيئا. وقال أبو ثور: لا ضمان عليه لصاحب الثوب، إذا أعاره على أن يرهنه.

وقال أحمد: الثوب عارية، هو ضامن حتى يؤديه. وقال الثوري: إذا أعاره ثوبا ليرهنه، فرهنه، فعطب الثوب، فكل ما أخذ من سبب الثوب ما بينه وبين قيمة الثوب، يرد عليه. وبه قال إسحاق.

وفي الإنصاف ١٤٩/٥: لوتلف المرهون، ضمن المستعير فقط، على الصحيح من المذهب.

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٢٧٠٩/٦

وقد تقدم بحث العارية والوديعة وضمانهما من عدمه عند المسألة رقم (١٨١٣).

". (١)

"

قال: أما من كان يرى الضمان، فإنه لا يصدقه حتى يأتي بالبينة أنه قد مات.

قال أحمد: كلما كان هلاكه١ هلاكا ظاهرا، فليس عليه ضمان، إنه مؤتمن من أين يجيء هذا في صحراء ببينة٢؟

---

١ كلمة "هلاكه" غير موجودة في نسخة ع.

٢ الراعي أجير، وقد مر تحقيق مسألة تضمين الأجير عند المسألة رقم (١٩٠٦) لقوله صلى الله عليه وسلم: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" رواه الحسن عن سمرة وقد تقدم تخريجه عند المسألة رقم (١٨٦٢).

وقال في الإنصاف ٦/٧٦: لوأحضر الجلد ونحوه مدعيا للموت: قبل قوله في أصح الروايتين، وعنه: لا يقبل قوله إلا ببينة تشهد بموتها.

قلت: ولعل الإمام أحمد أخذ بحديث "لا ضمان على مؤتمن" الذي أخرجه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب البيوع ٣/٤١.

وذكره الحافظ في التلخيص الحبير كتاب الوديعة ٣/٩٧ بلفظ: "ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان" ثم قال: وفي إسناده ضعيفان، ونقل عن الدارقطني أنه من قول شريح.

واعتبر أحمد الراعي مؤتمنا، فلم يضمنه إذا كان الهلاك مقطوعا به، وهو قول الحسن البصري، وعامر الشعبي، وسعيد بن المسيب، والزهري، وابن شبرمة. وكان شريح، وإبراهيم النخعي يضمنان الراعى. انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب البيوع: باب الراعى عليه الضمان ٧/٣٣٥، ٣٣٦، ومصنف عبد الرزاق كتاب البيوع ٨/٢٢٠، وسنن ابن ماجه كتاب الصدقات: باب الوديعة ٢/٨٠٢.

". (٢)

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٢٧٧٥

(٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٢٩٠٤

"

أن يحمله١.

[٢١٤٠-] قلت: إذا اكترى دابة فذهب بها، فجاء فقال: قد ماتت في بعض الطريق، فالقول قول المستكري؟

[قال أحمد: إذا كان مؤتمنا فالقول قول المستكري].٢

قال إسحاق: كما قال، فإن اتهمه حلفه٣.

---

١ قال في المغني ٣٣٠/٥: وإن أسلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها، ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع: استقر الأجر، وإن لم ينتفع، وإن كانت الإجارة على علم، فتسلم المعقود عليه، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها: يستقر عليه الأجر، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، فاستقر الضمان عليه، كما لوتلفت العين في يد المشتري، وكما لوكانت الإجارة على مدة فمضت. وقد جاء في الإنصاف ٨١/٦ مثل ذلك.

٢ ما بين القوسين ساقط من الأصل.

٣ لقد تقدم الكلام عند المسألة رقم ١٨٦٤على تضمين المستكري إذا تلفت الدابة معه بتفريط أو تعد منه، وفي هذه المسألة لم يشر إلى سبب الهلاك، فيتوقف الحكم على عدالة المستكري، لأن الدابة في ضمانه، وإن لم يشترط ذلك عليه لقوله صلى الله عليه وسلم: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه".

رواه أحمد، والترمذي، وابن ماجه.

وقد سبق تخريجه عند المسألة رقم (١٨٦٢).

". (١)

"

قال: هو سواء، هو من ماله حتى يرده.١

[٢١٨٦-] قلت: ذهب بها على سوم، ولم يسم الثمن فهلكت؟

قال: هو على حديث شريح حين قال لعمر في الدابة، حين أراد أن يشترى، فعطبت، فقال: أخذته على

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٢٩١٣/٦

سوم، فأنت له ضامن، حتى ترده، هذا يضمن القيمة **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه مثل العارية.

---

١ قال في الإنصاف ٥/٢٠١: في المقبوض على وجه السوم ثلاث صور:

الأولى: وهي الشاهد هنا أن يساوم إنسانا في ثوب أو نحوه، ثم يقبضه ليريه أهله، فإن رضوه وإلا رده فيتلف، ففي هذه الصورة: يضمن إن صح بيع المعاطاة – هو بيع المناولة – والمذهب: صحة بيع المعاطاة.

وأخرج عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن الشعبي في رجل اشترى سلعة على الرضا فسمى الثمن فهلكت، قال: يضمن، وعند ابن أبي شيبة عن الحسن البصري وعن سفيان الثوري مثله.

وذكر ابن جرير في اختلاف الفقهاء ٤٢ عن الثوري أنه قال: إذا ابتعت بيعا بشرط، فسميت الثمن فهلك فمن مالك، أنت له ضامن حتى ترده على صاحبه من موت أو غيره.

انظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب السلعة تؤخذ على الرضا ٨/٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة كتاب البيوع والأقضية: باب الرجل يشتري الشيء على أن ينظر إليه ٧/١٣٤.

". (١)

"

قال إسحاق: كما قال، إلا قوله كالعارية.١

[٢١٨٧-] قلت: رجل أخذ ثوبا من رجل فقال: اذهب به، فإن رضيته أخذته، فباعه؟

قال: هذا حين باعه، فقد رضيه إلا أن يكون باعه طمعا

---

١ قال القاضي في الروايتين والوجهين ٣٢٠: اختلف الرواية في المقبوض على وجه السوم هل هو مضمون أم لا، فنقل أبو طالب فيمن ساوم رجلا بدابة فقال: خذها بما أحببت، فأخذها ولم يقطع الثمن فماتت: فهو من مال البائع، ونقل ابن منصور فيمن قبض سلعة على سوم، ولم يسم الثمن فهلكت: فهو ضامن للقيمة "**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي"، وقد رجح القاضي هذه الرواية لأن المشتري قبضه لمصلحته فكان مضمونا عليه كالعارية والغصب.

وفي الإنصاف ٥/٢٠١ قال: في ضمانه روايتان:

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٢٩٥٥

إحداهما: يضمنه القابض، وهو المذهب.

والثانية: لا يضمنه، هو من ضمان المالك كالرهن، وما يقبضه الأجير.

وأخرج ابن أبي شيبة عن عامر الشعبي قال: اشترى عمر من رجل فرسا، واستوجبه على إن رضيه، وإلا فلا يبع بينهما، فحمل عليه عمر رجلا من عنده فعطب الفرس، فجعلا بينهما شريحا، فقال شريح لعمر: سلم ما ابتعت، أو رد ما أخذت، فقال له: قضيت بمر الحق.

انظر: المصنف، كتاب البيوع، باب الرجل يشتري الشيء على أن ينظر إليه ١٣٣/٧.

". (١)

"

شيئا، فعلى الذي أكرى، أو أعار، أو استودع أن يأخذه من عنده، وليس عليه أن يحمله إليه.

قال أحمد: من استعار شيئا، فعليه أن يرده من حيث أخذه.

قال إسحاق: كما قال أحمد١.

[٢٢٤٩-] قلت: رجل أخذ من رجل مالا مضاربة من أين نفقته؟

قال أحمد: المضارب ينفق من مال نفسه، إلا أن يشترط على صاحب المال.

---

١ ورد في المغني ١٦٦/٥، والشرح الكبير ١٨٣/٣: أنه إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير، أو وكيله في قبضها، ويبرأ بذلك من ضمانها، وإن ردها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله، ورد الدابة إلى سائسها، فقياس المذهب: أنه يبرأ، لأن أحمد قال في الوديعة: إن سلمها المودع إلى امرأته لم يضمنها، ومؤنة الرد على المستعير لقوله صلى الله عليه وسلم: "العارية مؤداة"، وقوله: "**على اليد ما أخذت**، حتى تؤديه" - وقد تقدم تخريج هذين الحديثين عند المسألتين رقم (١٨١٣)، (١٨٦٢) - وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه، إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره، لأن ما وجب رده إلى موضعه.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في الاختيارات في كتاب البيع: باب العارية ٩٣.

قالوا: تجب على المستعير مؤنة رد العارية، وضمانها إذا تلفت. وهذا دليل على أنه يجب عليه ردها إلى

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٢٩٥٦/٦

صاحبها كما أخذها منه.
." (١)
"

قال : وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه .

ش : فإذا كان ميراثه النصف لزمه من الدين نصفه ، وإن كان ميراثه الثلث لزمه منه الثلث ، وعلى هذا ، لأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه ، فلا يلزمه إلا ما يخصه ، كالإقرار بالوصية ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، والله أعلم .

قال : وكل من قلت : القول قوله . فلخصمه عليه اليمين .

ش : أي في هذا الباب ، نحو : له عندي مائة درهم . وفسرها بوديعة ، أو : له عندي رهن . وقال المالك : وديعة : وما أشبه ، كالمضارب ، والشريك ، والراهن ، ونحوهم ، فمن القول قوله فلخصه عليه اليمين ، لأن ما ادعاه عليه محتمل .

٢٠٨٢ وقد قال : (لو يعطي الناس بدعواهم ، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) والله أعلم .

قال : والإقرار بدين في مرضه موته ، كالإقرار في صحته ، إذا كان لغير وارث .

ش : إذا أقر بمال لغير وارث في مرضه المحجور عليه فيه كان كما لو أقر له في صحته ، على المشهور من الروايات ، والمختار عند الأصحاب ، لانتفاء التهمة غالبا ، ولاحتياجه إلى براءة ذمته ، وقد ينحصر الطريق في ذلك ، والرواية الثانية : لا يقبل مطلقا . كالإقرار لوارث ، والثالثة : يلزم في الثلث فما دون ، لا فيما زاد عليه ، تنزيلا له منزلة الوصية .

ويدخل في كلام الخرقي بطريق التنبيه الإقرار بغير مال ، كالإقرار بالطلاق ونحوه ، فإنه يصح بلا نزاع ، فعلى الأولى وهو المذهب هل يحاص المقر له في المرض من ثبت دينه بينة أو بإقرار في الصحة ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه جزم القاضي [في الجامع] والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازي في موضع ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، واختيار التميمي نعم ، لأنه يجب قضاؤهما من رأس المال ، أشبه ما لو ثبتا ببينة ، (والثاني) واختاره أبو الخطاب في الانتصار ، وقال ابن البنا تبعا لشيخه أظنه في المجرد : إنه

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٣٠١٦

قياس المذهب لا ، لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ثبت ببينة أنه يبدأ به ، وعلى الرواية الثالثة يقدم دين الصحة بلا نزاع ، لأنا نزلنا الإقرار منزلة الوصية ، والله أعلم .

قال : وإن أقر لوارث بدين لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة .

ش : أما مع البينة فواضح ، وأما مع عدمها فلا يلزم باقي الورثة القبول ، لمكان التهمة ، نعم لا يبطل الإقرار على المشهور من المذهب ، بل يقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز ، وإن ردوه بطل ، ولهذا قال الخرقي : لم يلزم . ومقتضى كلام الخرقي أن الحكم منوط بحال الإقرار ، فلو أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح ، إناطة بالتهمة ، ولو أقر لغير وارث فصار عند الموت وارثا صح ، لانتفاء التهمة ، نص عليه أحمد ، معللا بما تقدم ، (وعنه) الاعتبار بحال الموت كالوصية ، والأول المذهب ، والله أعلم .

قال : والعارية مضمونة ، وإن لم يتعد فيها المستعير .

ش : يعني إذا تلفت أو نقصت .

٢٠٨٣ لما روى الحسن ، عن سمرة ، عن النبي أنه قال : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه الخمسة إلا النسائي .

٢٠٨٤ وعن صفوان بن أمية أن النبي استعار منه أدراعا ، فقال : أغضبا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة) قال : فضاع بعضها ، فعرض النبي أن يضمنها ، فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب . رواه أحمد ، وأبو داود .

---

(١) ".

" عنه : يقف على الإجازة ، وقيل عنه : يصح مطلقا ، والتفريع على الأل ، فنقول : لا يخلو المشتري إما أن يكون عالما بالغصب أو غير عالم ، والمرجع في ذلك إليه ، لأن ذلك مما يخفى ، فإن كان عالما فحكمه حكم الغاصب على ما تقدم ، وإن لم يكن عالما فإن الجارية ترد إلى مالكها ، لأنها مال غيره في يده ، وقد قال : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ويرد مهر مثلها ، لأنه في مقابلة منفعتها غير المأذون فيها ، وإن كان المشتري قد أولدها فإن ولده حر ، لاحق نسبه به ، لمكان الشبهة ، وعليه فداؤه على

---

(١) شرح الزركشي، ١٥٧/٢

المذهب ، لأنه فوت رقه على سيده ، باعتقاده حل الوطء ، وعنه لا فداء عليه ، لانعقاده حرا ، ويفديه بمثله يوم الوضع على مختار القاضي ، والشريف ، وأبي الخطاب ، والشيخين ، وغير واحد ، لأنه أول أوقات الإمكان ، وقيل : يوم المحاكمة . وهو ظاهر إطلاق أحمد في رواية ابن منصور ، وجعفر بن محمد ، ثم هل يفديه بمثله وهو مختار الخرقي ، والقاضي ، وعامة أصحابه أو بقيمته وهو مختار أبي محمد ، وصاحب التلخيص ، أو يخير ، وهو مختار أبي بكر في المقنع ؟ على ثلاث روايات ، وأصل الاختلاف اختلاف الصحابة ، وهل المعتبر المثل في الصفات تقريبا ، وهو ظاهر كلام الخرقي وأحمد أو المثل في القيمة وهو اختيار عبد العزيز ؟ فيه وجهان .

ويرجع المشتري على الغاصب بقيمة الولد ، لأنه دخل على أنه غير مضمون عليه ، ولا إتلاف من جهته ، وهل يرجع بالمهر ؟ فيه روايتان ، (إحداهما) وهي اختيار الخرقي والقاضي ، وعامة أصحابه نعم .

٢٠٩١ تبعا لقضاء عمر رضي الله عنه ، فإنه قضى بالرجوع ، ولما تقدم ، (والثانية) وهي اختيار أبي بكر لا ، اتباعا لقضاء علي رضي الله عنه ، فإنه قضى بعدم الرجوع ولأنه غرم ما استوفى بدله ، فلم يرجع به ، كما لو تلفت الجارية أو أجزاؤها ، والله أعلم .

قال : ومن غصب شيئا ولم يقدر على رده لزم الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة .

ش : من غصب شيئا فعجز عن رده كعبد أبق ، أو فرس شرد ، ونحو ذلك لزمته قيمته ، لأنه تعذر رده ، أشبه ما لو تلف ، ويملكها المغصوب منه ، قاله أبو محمد ، وقال القاضي في التعليق : لا يملكها ، وإنما يباح له الإنتفاع بها ، بإزاء ما فاته من منافع العين المغصوبة ، ولا نزاع أن الغاصب لا يملك العين المغصوبة ، فإذا قدر عليها بعد أداء القيمة ردها على المغصوب منه ، لبقائها على ملكه ، وأخذ القيمة ، لأن دفع القيمة كان لتعذر العين ، وقد زال التعذر ، ولئلا يجتمع البدل والمبدل لشخص

". (١)

---

(١) شرح الزركشي، ١٦٢/٢

" يضمن الصباغ والصواغ ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك . ولأن عمله مضمون عليه ، وما تولد من المضمون فه مضمون ، كجناية العمد ، ودليل الوصف أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد علمه لم يكن له أجر .

وظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا فرق بين أن يعمل في بيته ، أو في بيت المستأجر ، ولا بين أن يكون المستأجر على المتاع أم لا ، وصرح به القاضي في التعليق في أثناء المسألة ، وابن عقيل ، واختاره أبو محمد ، إذ ضمانه كجنايته ، وعن القاضي أظنه في المجرد قال في الكافي : وأصحابه . أنه إنما يضمن ما عمله في ملكه ، أما ما عمله في ملك المستأجر من خياطة ونحوها ، فلا ضمان عليه ، ما لم يفرط ، كأن يسرف في الوقود ونحوها ، لأنه سلم نفسه إلى المستأجر ، أشبه الأجير الخاص ، وكذلك لو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة ، أو راكبا على الدابة فوق حمله ، لعدم زوال يد المالك ، وكذلك لو كان الراكب على الدابة حرا ، إذ الحر لا يضمن من جهة الإجارة ، وخرج أبو الخطاب وجها بعدم الضمان رأسا ، كسراية القود وإفضاء الزوجة ، إذ التلف حصل من فعل مباح ، والله أعلم .

قال : وإن تلفت من حرزه فلا ضمان عليه .

ش : ما تلف عند الأجير المشترك لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) : أن يكون بتفريط منه أو تعد ، فيضمن كما دل عليه كلام الخرقي بطريق التنبيه ، وهو واضح ، (الثاني) : ما تلف بفعله بغير تفريط منه ، وقد تقدم ، (الثالث) : ماتلف بغير فعله من غير تفريط منه ، كأن سرق أو حرق ونحو ذلك ، والمشهور المنصوص في رواية الجماعة أنه لا ضمان عليه ، لأنها عين مقبوضة بعقد إجارة ، لم يتلفها بفعله ، أشبهت العين المستأجرة ، (وعن أحمد) رواية أخرى بالضمان مطلقا ، لقوله : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) (وعنه) ثالثة إن كان التلف بأمر ظاهر كالحريق ، واللصوص الغالبين ، ونحو ذلك فلا ضمان ، وإن كان بأمر خفي كالضياع ، ونحو ذلك فعليه الضمان ، إناطة بالتهمة ، قال صاحب التلخيص : ومحل الروايات إذا لم تكن يد المالك على المال ، أما إن كانت عليه فلا ضمان بحال ، والله أعلم .

قال : ولا أجرة له فيما عمل فيها .

ش : قد تقدم أن ما تلف من حرز الأجير المشترك ونحو ذلك فلا ضمان عليه فيه ، وهو يشمل ما إذا تلف بعد فعله وقبله ، فإذا تلف بعد فعله فهل يستحق أجرة لذلك ؟ قال الخرقي : لا أجرة له ، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه ، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه .

وظاهر كلام الخرقي وتبعه أبو محمد أنه لا فرق بين أن يعمل في بيت المستأجر أو خارجا عنه ، ولا بين أن يكون ذلك بناء أو غيره ، وفصل أبو البركات

---

(١) ".

"""""""""" صفحة رقم ٦٨ """"""""

في الأصول . والغصب على ضربين أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام : ' رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ' الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه .

قال : (ومن غصب شيئا فعليه رده في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام :
' على اليد ما أخذت حتى ترد ' وقال عليه الصلاة والسلام : ' لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا جادا ولا لاعبا ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه ' ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويرده في مكان غصبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا .

قال : (فإن هلك وهو مثلي فعليه مثله) قال تعالى :) فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ([البقرة : ١٩٤] ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحيوان والعددي المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غصبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المماثلة دفعا للظلم وإيصالا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن رده بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغصب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغصب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص

---

(١) شرح الزركشي، ١٨٧/٢

ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثلي (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يوم الغصب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضي لا بالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فإذا قضى القاضي تعتبر القيمة عنده بخلاف ذوات القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب .

قال : (وإن ادعى الهلاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها." (١)

"""""""" صفحة رقم ٧٤ """""""

قال : (ومن استهلك خمر الذمي أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام : ' اتركوهم وما يدينون ' وإنهم يدينون بماليتهما ، فإن الخمر والخنزير عندهم كالخل والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم . وقال عليه الصلاة والسلام : ' إذا قبلوها ' : يعني الجزية ' فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ' وللمسلمين التضمين بإتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمي ، بخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا في حقه أصلا ، وحرمة بدلهما عليه كحرمتهما ، والخمر وإن كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن عقد الذمة .

قال : (ويجب في كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمي كالبربط والطبل والدف والمزمار والجنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالا : لا يضمن ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصي فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضي وبل أولى . ولأبي حنيفة أنها أموال صالحة للانتفاع في جهة مباحة وتصلح لما يحل فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار فلا يسقط التقوم وجواز البيع لأنهما بناء على المالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي ، فإنه

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٦٨/٣

تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرم فيجب قيمته منقوشا . ولو غصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به برئ من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده ,وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ' **على اليد ما أخذت** حتى ترد ' ولو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فإن وضعها في حجره برئ ، وإن وضعها بين يديه لا يبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ لأن الواجب فيه رد العين وأنه يتحقق بالتخلية .." [1]

"وقال القاضي حسين: على المستعير علف الدابة وسقيها، وطعام العيد [2] وشرابه (ومؤنة الرد للعارية (على المستعير) من المالك أو المستأجر إن رد عليه، فإن رد على المالك فالمؤنة عليه، كما لو رد عليه المستأجر (فإن تلفت لا باستعمال ضمنها، وإن لم يفرط) قال النبي: **{على اليد ما أخذت** حتى تؤديه}. {وقال في أدرع أخذها من صفوان بن أمية: عارية مضمونة} رواهما أبو داود وغيره وسيأتي أنها تضمن بقيمة يوم التلف، وتلف بعضها مضمون. وقيل: لا كتلفه بالاستعمال، (والأصح أنه لا يضمن ما ينمحق) من الثياب. (أو ينسحق بالاستعمال). والثاني: يضمنهما. (والثالث: يضمن المنمحق) أي البالي دون المنسحق أي التالف بعض أجزائه، وجه الأول بأن ما بهما حدث عن سبب مأذون فيه، والثاني قال: حق العارية أن ترد، وقد تعذر ردها في الأول فتضمن في آخر حالات التقويم، وفات رد بعضها في الثاني فيضمن بدله، والثالث فرق بوجود مردود في الثاني [3] دون الأول، ونشأ الثالث المزيد على المحرر من جمع المسألتين (والمستعير من مستأجر لا يضمن) التالف (في الأصح) ؛ لأنه نائبه، وهو لا يضمن.."

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٧٤/٣

(٢) ص: ٢١

(٣) ص: ٢٢

(٤) شرح المحلي على المنهاج، ٢٨/١

"وعلى الغاصب الرد) للمغصوب لحديث أبي داود وغيره: **{على اليد ما أخذت** حتى تؤديه}. (فإن تلف عنده) بآفة أو إتلاف (ضمنه) حيث يكون مالا، وهو الغالب مما سيأتي وغير المال كالكلب والسرجين لا يضمن (ولو أتلف مالا في يد مالكه ضمنه) هذه المسألة والمسائل التي بعدها ذكروها استطرادا لما يضمن بغير الغصب بالمباشرة أو التسبب (ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح أو منصوب فقط بالفتح وخرج ما فيه ضمن) ؛ لأن الخروج المؤدي إلى التلف ناشئ عن فعله، (وإن سقط بعارض ريح لم يضمن) ؛ لأن الخروج بالريح لا بفعله. (ولو فتح قفصا عن طائر وهيجه فطار ضمن، وإن اقتصر على الفتح، فالأظهر أنه إن طار في الحال ضمن، وإن وقف ثم طار فلا) يضمن والثاني يضمن مطلقا ؛ لأن الفتح سبب الطيران، والثالث لا يضمن مطلقا ؛ لأن للطائر اختيارا في الطيران. والأول يقول طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره في هذه الحالة بخلاف التي قبلها

.)" (١)

"زنى حد في الحال في الأصح) والثاني ينتظر حضوره لاحتمال أن يقر أنه كان وقفها عليه. (وتثبت السرقة المرتب عليها القطع (بشهادة رجلين فلو شهد رجل وامرأتان) بسرقة (ثبت المال ولا قطع) وكذا شاهد ويمين المدعي بها(ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة) الموجبة للقطع ببيان السارق والمسروق منه والمسروق وكونه من حرز بتعيينه أو صفته وغير ذلك كاتفاق الشاهدين بها (ولو اختلف شاهدان كقوله) أي أحدهما (سرق بكرة والآخر عشية فباطلة) أي لا يترتب عليها قطع ولا غرم وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما فيغرمه (٢) (وعلى السارق رد ما سرق فإن تلف ضمنه) قال صلى الله عليه وسلم **{على اليد ما أخذت** حتى تؤديه} رواه أبو داود وغيره (وتقطع يمينه) أولا. (فإن سرق ثانيا بعد قطعها فرجله اليسرى وثالثا يده اليسرى ورابعا رجله اليمنى وبعد ذلك يعزر ويغمس محل قطعه بزيت أو دهن مغلي) لتنسد أفواه العروق وينقطع الدم (قيل هو تتمة للحد) لأن فيه مزيد إيلام (والأصح أنه حق للمقطوع) لأن الغرض المعالجة ودفع الهلاك عنه بنزف الدم (فمؤنته عليه وللإمام إهماله) وعلى الأول ليس له إهماله ومؤنته مؤنة الجلاد.

.)" (٣)

---

(١) شرح المحلي على المنهاج، ١/٤٠

(٢) ص: ١٩٩

(٣) شرح المحلي على المنهاج، ١/٣٦١

"قوله (وكذا إن طلق جزءا شائعا مثل أن يقول نصفك طالق أو ثلثك) أو ربعك أو سدسك أو عشرك وإن قال أنت نصف طالق طلقت كما إذا قال نصفك طالق قوله (وإن قال يدك طالق أو رجلك طالق لا يقع الطلاق) ، وكذا إذا قال ثديك طالق .

وقال زفر والشافعي يقع ، وكذا اللسان والأنف والأذن والساق والفخذ على هذا الخلاف فإن قيل اليد بمنزلة الرأس يعبر بها عن الجميع قال عليه السلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } قيل أراد باليد صاحبها وعندنا إذا قال الزوج أردت صاحبتها طلقت ولأنه يجوز أن تكون اليد هناك عبارة عن الكل مقرونا بالأخذ ؛ لأن الأخذ باليد يكون ولا يكون كذلك مقرونا بالطلاق وجه قول زفر أنه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح فإنه لا يجوز إجماعا ؛ لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على العكس ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها .

وهذا ؛ لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد ؛ لأن الطلاق ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد يعني بطريق الأصالة حتى لا تصح إضافة النكاح إليها إجماعا وإنما ملكت بملك النكاح تبعا لا أصالة ومعناه أنه لا يصح إضافة النكاح إلى اليد والرجل بخلاف الجزء الشائع ؛ لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلا للطلاق وفي الفتاوى إذا أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه." (١)

"إن ذكر عضوا يعبر به عن جميع البدن ونوى اقتصار الطلاق عليه لم يبعد أن يصدق ولو ذكر اليد والرجل وأراد به كل البدن فلنا أن نقول يقع الطلاق وإن كان جزءا لا يستمتع به كالسن والريق لا يقع ا هـ

وفي الظهيرية لو أضافه إلى قبلها (((قلبها))) لا رواية لهذا في الكتاب

وفي فتح القدير من كتاب الكفالة ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه

قال البلخي لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل

يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك ا هـ

ومثل الطلاق الظهار والإيلاء والعفو عن القصاص والعتاق حتى لو أعتق أصبعه لا يقع

---

(١) الجوهرة النيرة، ٤/١٢٦

قيدنا بكونه لا يعبر به عن الجملة لأن اليد وما معها لو كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع الطلاق وهو محمل ما ورد منها مرادا به الجملة كالحديث **على اليد ما أخذت** حتى ترد وكقوله تعالى { تبت يدا أبي لهب } المسد ١ وحاصله أنه ثلاثة صريح يقع قضاء بلا نية كالرقبة كناية (((وكناية))) لا يقع بها إلا بالنية كاليد وما ليس صريحا ولا كناية لا يقع به وإن نوى كالريق والسن والشعر والظفر والعرق والكبد والقلب

وقيد بالدبر لأنه لو قال أستك طالق وقع كفرجك كما في الخلاصة فالأست وإن كان مرادفا للدبر لا يلزم مساواتهما في الحكم لأن الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه في التعبير

وقيد بالطلاق في الجزء الشائع للاحتراز عن العتاق وتوابعه فإنه من قبيل ما يتجزى فلو أعتق نصف عبده لم يعتق كله عند الإمام وللاحتراز عن النكاح فإنه لو تزوج نصفها لم يصح النكاح احتياطا كما في الخانية

وبه ضعف قول الشارح أن الجزء الشائع محل للنكاح والعفو عن دم العمد وتسليم الشفعة كالطلاق والأصل أن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله قوله (ونصف التطليقة أو ثلثها طلقة) ومراده أن جزء الطلقة تطليقة ولو جزءا من ألف جزء لأن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل عن الإلغاء وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للطلاق جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو

وفي الظهيرية أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة قيل على قول أبي يوسف يقع ثنتان لأن التطليقة كما لا تتجزى في الإيقاع لا تتجزى في الاستثناء فيصير كأنه قال إلا واحدة وعند محمد يقع الثلاث لأن النصف في الطلاق لا يتجزى في الإيقاع ولا في الاستثناء ولو قال أنت طالق تطليقة إلا نصفها تقع واحدة وهذا إشارة إلى ما قال محمد ا هـ

وقد يقال إنه لا يشير إلى قول محمد لأن أبا يوسف إنما لم يقل بالتكميل في الاستثناء هنا لعدم فائدته لأنه حينئذ لا يصح لكونه استثناء الكل من الكل ولو قال وجزء الطلقة تطليقه لكان أوجز وأشمل وأحسن

قوله (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاثا ضرورة إلا إذا نوى تنصيف كل من التطليقتين فتكون أنصافها أربعا فثلاثة منها طلقة ونصف

فتقع طليقتان ديانة ولا يصدق في القضاء لأنه احتمال خلاف الظاهر لأن الظاهر أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين

قيد بقوله تطليقتين لأنه لو قال ثلاثة أنصاف تطليقة وقعت تطليقتان لأنها طلقة ونصف فتتكامل وهو المنقول في الجامع الصغير واختاره الناطفي وصححه العتابي

وعلم منه أنه لو قال أربعة أنصاف تطليقة وقعت ثنتان أيضا وعرف منه أيضا أنه لو قال نصفي تطليقة وقعت واحدة

وفي الذخيرة لو قال أنت طالق نصف تطليقتين (((تطليقتين))) فواحدة ولو قال نصفي تطليقتين فثنتان وكذا نصف ثلاث تطليقات ولو قال نصفي ثلاث تطليقات فثلاث

وحاصلها أنها اثنتا عشرة مسألة لأن المضاف أعني النصف إما أن يكون واحدا أو ثنتين (((اثنين))) أو ثلاثا أو أربعا وكل

." (١)

"الاستخدام ضمنه

وفي أجناس الناطفي إذا استعمل العبد المشترك بغير إذن شريكه روي عن محمد لا يصير غاصبا وروى هشام أنه يصير غاصبا نصيب صاحبه وفي الدابة يصير غاصبا نصيب صاحبه بالحمل والركوب وفي الروايتين فظاهر عبارة المتن أنه يصير غاصبا بنفس الحمل حولها عن مكانها أو لا

قال في فتاوي أبي الليث ركب دابة بغير إذن مالكها ثم نزل عنها وتركها في مكانها ذكر في آخر كتاب اللقطة أنه يضمن والصحيح أنه لا يضمن حتى يحولها وفي الغياثية هو المختار وفي المنتقى لا ضمان عليه

رجل تعدى على ظهر دابة ولم يحولها عن موضعها وجاء رجل آخر وعقرها فالضمان على الذي عقرها

وفي أجناس الناطفي رجل يكسر الحطب فجاء غلام وقال اعطني القدوم حتى أكسر أنا مكانك فأبى صاحب الحطب فأخذ الغلام القدوم فكسر فضرب فوقع بعض المكسور على عين الغلام لا يكون

---

(١) البحر الرائق، ٢٨٢/٣

على صاحب الحطب شيء ولو وجه جارية إلى النخاس ليبيعها فبعثتها امرأة النخاس في حاجتها فهربت فالضمان على المرأة

وفي فتاوي أبي الليث جارية جاءت إلى النخاس وطلبت البيع ثم ذهبت ولا يدري أين ذهبت وقال النخاس رددتها على مولاها فالقول له والمعنى أن النخاس لم يأخذ الجارية ومعنى الرد أمرها بالذهاب إلى منزل السيد فلو أخذها النخاس أو ذهب بها إلى منزل مولاها فلا يصدق في قوله رددتها فلو قال رحمه الله وبالاستخدام له والحمل والتحويل لكان أولى لما علمت

قال رحمه الله (لا الجلوس على البساط) لأن الجلوس على بساط الغير ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به لمتعلق (((المتعلق))) به عند التنازع ما لم يصر في يده والبسط فعل المالك فبقي أثر يد المالك فيه ما بقي فعله لعدم ما يزيله من النقل والتحويل

قال رحمه الله (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد أي على صاحب اليد وقوله (((ولقوله))) عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده عليه والمعنى أنه لا يزيد (((يريد))) أن يأخذه سرقة ولكن يريد إدخال الغيظ عليه ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لأن المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والإذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه أتم (((وأتم))) وجوهه رد عينه في مكان غصبه لأن المال يختلف باختلاف الأماكن ورد العين هو الموجب الأصلي لأنه أعدل ورد القيمة أو المثل مخلص فيصار إليه عند تعذر رد العين ولهذا لو أتى بالمثل أو القيمة عند القدرة على العين لا يعتد به ولو رد العين من غير علم المالك برىء منها ولو لم يكن هو الموجب الأصلي لما برىء إلا إذا علم وقبضه كما في قبض المثل أو القيمة وقبل الموجب الأصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حين قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والإبراء عن العين لا يصح

ولو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب المثل أو القيمة ووجوب رده في مكان غصبه مقيد بما إذا لم يتعين بزيادة أو نقصان كما سيأتي وكذلك يجب أداء القيمة في مكان غصبه ففي الخانية رجل غصب عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب وفي المنتقي غصب من آخر دواب بالكوفة

فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء قيمتها بالكوفة قال وكذا الخادم وكذا ما له حمل ومؤنة إلا الدراهم والدنانير فإنه يأخذها حيث وجدها وإن اختلف السعر لأنها أثمان وليس له أن يأخذ القيمة

وإن كان المغصوب مثليا وقد هلك في يد الغاصب فإن كان السعر في المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر برىء برد المثل وإن كان في المكان الذي التقيا فيه أو أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصبه وإن شاء انتظر

وفي الخانية فإن كانت القمية (((القيمة))) في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالبه بالثمن

وفيها عن أبي يوسف رجل غصب حنطة بمكة وحملها إلى بغداد قال عليه قيمتها بمكة ولو غصب غلاما بمكة فجاء به إلى بغداد فإن كان صاحبه من أهل مكة عليه قيمته وإن كان من غير أهل مكة أخذ غلامه

وفي الينابيع قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف في رجل غصب عبدا فذهب به إلى قرية فلقيه المغصوب منه فخاصمه فهي (((فهو))) بالخيار إن شاء أخذ عبده بعينه وإن شاء أخذ قيمته يوم غصبه اه

فلو زاد المؤلف ومكان غصبه حيث لا يتغير ولا يقل لكان

---

(١) ".

"تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الثاني لأنه قبضه على أنه ضامن له وتلف في يده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من الغاصب قاله في الكافي

وإذا قبض المستعير العارية فهي مضمونه عليه بمثل مثلي وقيمة متقوم يوم تلف لأنه يوم تحقق فواتها فرط أولا نص عليه ولو شرط نفي ضمانها وبه قال ابن عباس وعائشة وأبو هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق لقوله صلى الله عليه وسلم لصفوان ابن أمية بل عارية مضمونه وروي مؤداه رواه أبو داود فأثبت الضمان من غير تفصيل وعن سمرة مرفوعا **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الخمسة وصححه الحاكم

---

(١) البحر الرائق، ٨/١٢٤

لكن لا ضمان في أربع مسائل إلا بالتفريط أما إذا كانت العارية وقفا ككتب علم وسلاح لأن قبضه ليس على وجه يختص مستعير بنفعه لأن تعلم العلم وتعليمه والغزو من المصالح العامة أو لكون الملك فيه لغير معين أو لكونه من جملة المستحقين له

وفيما إذا أعارها المستأجر لقيام المستعير مقامه في استيفاء المنفعة فحكمه حكمه في عدم الضمان

أو بليت فيما أعيرت له كثوب بلي بلبه ونحوه لأن الإذن في الاستعمال تضمن في الإتلاف به وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع

". (١)

"= كتاب الغصب =

وهو الإستيلاء عرفا على حق الغير عدوانا وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام الحديث رواه مسلم وأجمعوا على تحريمه في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه قاله في الشرح

ويلزم الغاصب رد ما غصبه لحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وتقدم وحديث لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا لاعبا ولا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها رواه أبو داود

بنمائه أي بزيادته متصلة كانت أو منفصلة لأنها من نماء المغصوب وهو لمالكه فلزمه رده كالأصل

ولو غرم رده أضعاف قيمته كمن غصب حجرا أو خشبا قيمته درهم مثلا وبنى عليه واحتاج في إخراجه ورده إلى خمسة دراهم لما سبق

وإن سمر بالمسامير المغصوبة

بابا قلعها وردها ولا أثر لضرره لأنه حصل بتعديه

وإن زرع الأرض فليس لربها بعد حصده إلا الأجرة لأنه انفصل عن ملكه كما لو غرس فيها غرسا ثم قلعه

وقبل الحصد يخير بين تركه بأجرته أو تملكه بنفقته وهي مثل البذر

---

(١) منار السبيل، ١/٤٠٠

" (١).

" بينه وبين الآخر (وقد اتفقا) ؛ أي : الشريكان (عليه) ؛ أي : البناء وبنى شريكه ، (ويتجه أو طلب) شريك (منه) أن يبني معه ، (فأهمل) ذلك ؛ وهو متجه (فما تلف من ثمرته) ، أي : البستان ، (ويتجه باحتمال) قوي أ (و) تلف (من شجره) بسرقة ونحوها - وهو متجه (بسبب ذلك الإهمال ؛ ضمنه) ؛ أي : ضمن التالف من حصة شريكه ؛ لحصول تلفه بسبب تفريطه (ولو أحضر مدعى) عليه مدعى (به) لحمله مؤنة تقع الدعوى على عينه (ولم يثبت لمدع - لزمه) ؛ أي : المدعي (مؤنة إحضاره ورده) إلى محله ؛ لأنه ألجأه إلى ذلك فيؤخذ من هذه المسائل الرجوع بالغرم على من تسبب فيه ظلما ، (وإلا) ؛ بأن أثبته ؛ (لزمت) مؤنة الإحضار ومؤنة الرد (المنكر) ؛ لحديث : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } . (فإن أبى) مدين وفاء ما عليه بعد أمر الحاكم له بطلب ربه ؛ (حبسه) ؛ لحديث عمرو بن الشريد عن أبيه مرفوعا { لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته } . رواه أحمد وأبو داود وغيرهما . قال أحمد : قال وكيع - : عرضه شكواه وعقوبته حبسه وظاهره أنه يحبس حيث توجه حبسه - (ولو) كان (أجيرا) خاصا (في مدة الإجارة أو) كان (امرأة مزوجة) - لأن الإجارة والزوجية لا تمنع من الحبس قاله في ' المبدع ' قال الشيخ تقي الدين ؛ ولا يجب حبسه في مكان معين ، بل المقصود منعه من التصرف حتى يؤدي الحق ؛ فيحبس ولو في دار نفسه بحيث لا يمكنه من الخروج . (فإن أبى) محبوس موسر دفع ما عليه ؛ (عزره) حاكم ، (ويكرر) حبسه وتعزيره حتى يقضيه ؛ كالقول فيمن أسلم على أكثر من أربع ،

" (٢).

" وله ذلك بإذنه انتهى . ولا يضمن مستأجر من المستعير مع الإذن من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط ؛ كالمستأجر من ربها ، وتقدم في الإجارة . وإذا آجر المستعير بإذن المعير العارية ؛ فالأجرة لربها ؛ لأنها بدل عما يملكه من المنافع ، وإنما يملك الانتفاع ، (فإن خالف) المستعير بأن أعاره بلا إذن المعير ، (فتلفت) العارية (عند) المستعير [الثاني] ؛ (ضمن) رب العين القيمة والمنفعة (أيهما

(١) منار السبيل، ١/٤٠٢

(٢) مطالب أولي النهى، ٣/٣٧٠

شاء) ، أما الأول : فلأنه سلط عليه غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ؛ أشبه ما لو سلط على مال غيره دابة فأكلته ، وأما الثاني : فلأن العين والمنفعة فاتا على مالكهما في يده ، (والقرار) في ضمانهما (على الثاني) ؛ لأنه المستوفي للمنفعة بدون إذن المالك ، وتلف العين إنما حصل تحت يده ، ومحل ذلك (إن علم) الثاني بالحال ؛ أي : بأن للعين مالكا لم يأذن في إعارتها ، وكذا لو أجرها بلا إذنه ، (وإلا) يكن الثاني عالما بالحال ، بل ظنها ملك المعير له ؛ (ضمن العين) فقط (في عارية) - أي : فيما تضمن فيه - لدخوله على ضمانها ، بخلاف ما لا تضمن فيه ؛ كأن تلفت فيما أعيرت له ، أو أركبها منقطعا ، ولم تزل يده عنها ؛ فلا ضمان على الثاني ؛ لأنها غير مضمونة عليه لو كان المعير مالكا ، فكذلك مع عدم العلم بأن المعير مستعير . (ويستقر ضمان المنفعة على) المستعير (الأول) ؛ لأنه غر الثاني بدفعها له ، على أن يستوفي منافعها بغير عوض ، وعكس ذلك لو أجرها لجاهل بالحال ؛ فيستقر على المستأجر ضمان المنفعة ، وعلى المستعير ضمان العين . (والعواري المقبوضة مضمونة مطلقا) فرط أو لا ، روي عن ابن عباس وأبي هريرة لما روى الحسن . عن سمرة : { أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } . رواه الخمسة وصححه الحاكم ، ولحديث صفوان المتقدم . وأشار أحمد إلى الفرق بين العارية الوديعة ، بأن العارية أخذتها اليد الوديعة دفعت إليك ، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف ، فكان مضمونا كالغصب ، وقاسه

---

(١) ".

" لأنها عقد جائز من الطرفين ، (فإن أخر) المستعير الرد فيما ذكر فتلفت العارية ؛ (ضمن) قيمتها (مع أجرة مثلها) لمدة تأخيره ، (وعليه) - أي : المستعير (مؤنة رد) العارية إلى مالكها . كمغصوب ؛ لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } . وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد ؛ كما يجب على المستعير مؤنة (أخذ) . و (لا) يجب على المستعير (مؤنتها) - أي : العارية - من مأكل ومشرب ما دامت [(عنده) ، بل ذلك على مالكها ؛ كالمستأجرة ، ويلزم المستعير ردها] - أي : العارية - إلى مالكها أو وكيله (لموضع أخذها) منه ؛ كالمغصوب ، (إلا أن يتفقا على) ردها إلى (غيره) ، ويبرأ بذلك من ضمانها . قاله في

---

(١) مطالب أولي النهى، ٣/٧٤٠

' الشرح ' ، ولا يجب على المستعير أن يحمل العارية للمعير إلى موضع غير الذي استعارها فيه ، (فلو طالب) المستعير) بمصر بداية)كان (أخذها بدمشق ، فإن كانت) الدابة (معه لزمه دفعها) إلى ربها لعدم العذر [وإلا] تكن معه بمصر (فلا) يلزمه حملها إليها ؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى الرد من حيث أخذ ، وإعادة الشيء إلى ما كان عليه ؛ فلا يجب ما زاد . تنبيه : وإن استعار ما ليس بمال ككلب مباح الاقتناء ، أو جلد ميتة مدبوغ ، أو أخذ حرا صغيرا أو مجنونا ، أو أبعده عن بيت أهله ؛ لزمه الرد ومؤنته ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ولو مات الحر لم يضمنه . (ويبرأ) مستعير (برد عارية إلى من جرت عادته به) - أي : بجريان الرد (على يده كسائس) رد إليه الدابة ، (وخازن وزوجة) متصرفين في ماله ، (ووكيل عام في قبض حقوقه) . قاله القاضي في المجرد ' ؛ فلا يضمن إذا ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم ؛ لأن أحمد قال في الوديعة : إذا سلمها إلى

". (١)

" فضمنت بالغصب ؛ كمنافع العبد ولا أجرة (إن منع) إنسان آخر - (ولو) كان الممنوع (قنا) - (العمل من غير غصب) ولا حبس ؛ لعدم تلفها تحت يده ولأنه في يد نفسه أو سيده ومنافعه تلفت معه ؛ كما لا يضمن هو ولا ثيابه إذن | | (ولا يضمن ربح فات) على مالك (بحبس) غاصب (مال تجارة) مدة يمكن أن يربح فيها إذا لم يتجر فيه غاصب ؛ كما لو حبس عبدا يريد مالكه أن يعلمه صناعة مدة يمكن تعليمه الصناعة فيها فإن الصناعة لا تقوم على غاصب في تضمين منافعه ولا في تضمين عينه إن تلف ؛ لأنها لا وجود لها | | (فصل : ويجب على غاصب رد مغصوب) إلى محله الذي غصب منه إن (قدر) الغاصب (عليه) - أي : على رده - بأن كان باقيا (ولو) كان رده (بأضعاف قيمته) - أي : لمغصوب - (لكونه بني عليه) ؛ بأن غصب حجرا أو خشبا قيمته درهم فبنى عليه واحتاج في إخراجه ورده إلى خمسة دراهم (أو) لكونه (بعيدا) ؛ بأن حمل مغصوبا قيمته درهم إلى بلد بعيد بحيث تكون أجرة حمله إلى البلد المغصوب منه أضعاف قيمته (أو خلط بمتميز) ؛ بأن غصب شعيرا فخلطه

---

(١) مطالب أولي النهى، ٧٤٥/٣

بذرة (ونحوه) ؛ كما لو غصب حيوانا وأفلته بمكان لا يمكنه الخروج منه لكنه تعسر مسكه فيه ويحتاج في ذلك إلى أجرة ؛ فتلزم الغاصب ؛

لقوله عليه الصلاة والسلام : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) | رواه ابن ماجة والترمذي وحسنه ولحديث : (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا فإذا أخذ عصا أخيه فليردها إليه أو يردها عليه) ؟ (١) ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه إعادتها وأما كونه يلزم غرم تخليصه ومؤنة حمله فلأن ذلك حصل بتعديه فكان أولى بغرمه من مالكه ؛ لأن الشارع لم ينظر إلى مصلحة المتعدي | | (وإن قال رب) مغصوب (مبعد) لغاصب بعده عن بلد الغصب :

١- (رواه أبو داود)

". (١)

" وتأتي به (مع شبهة) من جاهل الحال ؛ بأن اشتبهت عليه بأمته أو زوجته في نحو ظلمة أو اشتراها من الغاصب يظنها أمته أو تزوجها منه على أنها حرة فأتت منه بولد ؛ فإنه في جميع هذه الصور (حر) ولا حد عليه ؛ للشبهة وعليه المهر وأرش البكارة ونقص الولادة ؛ لأن ذلك إتلاف يستوي فيه الجاهل والعالم وكونه حرا لاعتقاد الواطئ الإباحة ونسبه لاحق للغاصب للشبهة وكذا لو كان من غير الغاصب جاهلا (ويفدي) - أي : يلزم الواطئ فداء الولد ؛ لأنه حال بينه وبين السيد بتفويت رقه باعتقاده (بانفصاله حيا) ؛ لأنها إذا وضعته ميتا لم تعلم حياته قبل ذلك ولم يوجد حيلولة بينه وبينه ويكون الفداء (بقيمته) - أي : الولد - نصا ؛ كسائر المتقومات (يوم وضعه) ؛ لأنه أول حال إمكان تقويمه ؛ إذ لا يمكن تقويمه حملا ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده | وإن انفصل المحكوم بحريته ميتا من غير جناية ؛ فغير مضمون ؛ لأنه لم تعلم حياته قبل ذلك | وإن (كان) انفصاله (بجناية ؛ فعلى [جان] الضمان ؛ لأن الإتلاف وجد منه فإن كانت الجناية من الغاصب ؛ فعليه (غرة لوارثه) عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه ولد حيا ؛ لأنه أتلف جنينا حرا ولا يرث الغاصب منها شيئا لو كان الولد منه ؛ لأنه قاتل له | (وعلى غاصب) للسيد (عشر قيمة أمه) فيضمنه له ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حيا قومناه مملوكا وقد فوت رقه على سيده | وإن كان الجناية من غير الغاصب ؛ فعلى الجاني الغرة يرثها الغاصب ؛ لأنه

---

(١) مطالب أولي النهى، ٤/٨

أبو الجنين دون أمه ؛ لأنها رقيقة وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك ؛ لأنه يضمنه ضمان المماليك ؛ لكونه قد فوت رقه على السيد ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى المالك فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة الفائتة لأنه إن كان عالما بالحال كان غاصبا وإن كان جاهلا ؛

فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) | ولأن العين المغصوبة

---

(١) ".

" قال العارية مؤداة خالف أو لم يخالف فهو ضامن وذكر حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وقال العارية أخذتها اليد والوديعة دفعت إليك

---

(٢) ".

" قال : إذا رأى به عيبا ، فإن شاء رد القميص ورجع البائع على المشتري بقدر النقصان من القطع ، وإن شاء حبسه المشتري ورجع على البائع بقدر الذي نقص من القيمة . قال إسحاق : كما قال . وهذا رأي شريح . ١٩١٧ - سئل (الإمام) أحمد (رحمه الله تعالى) عن رجل استعار دابة إلى مكان سماه فعطبت ؟ قال : هو ضامن ، و (العارية مؤداة) : (**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي) . قال إسحاق : كما قال . ١٩١٨ - قلت : الموازنة يكون للرجل على الرجل أربعة دوانيق ، فيضع هو دانقين في كفة ، ويضع غريمه درهما في كفة ؟ قال : الموازنة لا بأس بها . قال إسحاق : كما قال ، إلا أن يتهاونوا في الرجحان .

---

(٣) ".

---

(١) مطالب أولي النهى، ٣٧/٤

(٢) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، ٤٥٣/١

(٣) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (دار الهجرة)، ٤٢/٢

" (حين) قالوا : إقراره جائز وعليه البينة بالأداء . ١٩٨٢ – قلت : قال الثوري : كل إنسان استعار شيئا فرهنه بإذن صاحبه فذهب الرهن رد المستعير إلى صاحبه قيمة المتاع الذي كان رهنه به . قال أحمد : نحن نقول : العارية مؤداة ، وإن كان أرهنه بإذن صاحبه فلابد له من أن يؤديه (**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي) . قال إسحاق : كما قال سفيان . ١٩٨٣ – قلت : قال الثوري (في) رجل قال لرجل : استودعتك هذا الثوب . فقال : صدقت ، ثم قال : استودعينه رجل آخر . قال : (الثوب) للأول ، ويغرم للآخر ثوبا . قال أحمد : إذا جاء الآخر يطلبه فلابد ، هو كما قال . قال إسحاق : كما قال . ١٩٨٤ – قلت : إذا بعت ثوبا فحل الأجل فوجدته بعينه فقال : اشتره مني ؟ قال أحمد : لا بأس أن يشتريه بأكثر ، ولا يشتريه بأقل إذا لم

". (١)

" حتى ينقده الثمن ، فإذا هلك كان من مال البائع وإن كان مما لا يكال ، ولا يوزن . ٢١٧٨ – قلت : رجل اشترى سلعة على الرضا ، وسمى الثمن فهلكت ؟ قال : (هو سواء) ، هو من ماله حتى يرده . قلت : ذهب بها على سوم ، ولم يسم الثمن فهلكت ؟ قال : هو على حديث شريح حين قال لعمر (رضي الله عنه) في الدابة حين أراد أن يشتري فعطبت فقال : أخذته على سوم ، فأنت له ضامن حتى ترده ، هذا يضمن القيمة ، **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ، مثل العارية . قال إسحاق : كما قال ، إلا قوله : كالعارية . ٢١٧٩ – قلت : رجل أخذ ثوبا من رجل فقال : اذهب به ، فإن رضيته أخذته ، فباعه ؟ قال : هذا حين باعه ، فقد رضيه إلا أن يكون باعه طمعا في الربح ، ولم يرضه . قال إسحاق : كما قال .

". (٢)

"واعلم أن من تعينت أضحيته المستحبة وقد تقدم أنه لا يجب عليه أحد إن حدث بها تلف أو عيب يمنع الإجزاء ، لا يجب عليه أن يضحي .

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (دار الهجرة)، ٦٥/٢

(٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (دار الهجرة)، ١٣٦/٢

اعلم أنها إن وقع فيها عيب من فعله فإنه يضمنها لأن **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه .

فهي يد أمينة ، فإن حدث في هذه البهيمة شيء من العيوب بغير فعله فلا شيء عليه .

وأما إن كان بفعله وتعديه وتفريطه فإنه يلزمه أن يذبح غيرها لأنها تلفت في يده وبتعديه وتفريطه، فهي قد تعينت وتعدى عليها أو فرط في حفظها فوجب عليه أن يضحي ببدلها .

مسألة :

وهل الأضحية مشروعة للحاج ؟ انظر الجواب في مطلع الدرس القادم " بعد هذا الدرس " .

والحمد لله رب العالمين .

تقدم البحث في حكم الأضحية ، واعلم أن مذهب جمهور العلماء مشروعية الأضحية في يوم النحر مطلقا للحاج وغيره ، وأن الحاج يشرع له أن يضحي كغيره من المسلمين .

واستدلوا : بما ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم :) ضحى في حجة الوداع عن نسائه بالبقر) .

قالوا : فدل هذا على مشروعية الأضحية للحاج كغيره .." (١)

"فالعارية مضمونة بقيمتها يوم تلفت لأنه هو يوم فواتها على معيرها ، فالعارية مضمونة وإن لم يتعد ولم يفرط ، وإن كانت مثلية فالضمان بالمثلي وإلا فبقيمته ، ولو شرط نفي ضمانها فإنها تضمن ، فلو قال المستعير بشرط ألا أضمن ، فإنه يضمن ولا يعتبر هذا الشرط ، وهذا هو المشهور في مذهب أحمد والشافعي ، واستدلوا بما رواه الخمسة بإسناد صحيح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) [حم ١٩٥٨٢ ، ت ١٢٦٦ ، د ٣٥٦١ ، جه ٢٤٠٠ ، ن الكبرى ٣ / ٤١١] قالوا : فهذا يدل على أن اليد يجب عليها ما أخذت حتى تؤديه إلى مالكه ، واستدلوا بما رواه أحمد وأبو داود من حديث صفوان ابن أمية :(أن النبي – صلى الله عليه وسلم – استعار منه دروعا يوم حنين فقال : أغصب يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة) [حم ٢٧٠٨٩ ، د ٣٥٦٢] والحديث فيه شريط بن عبد الله ، وله شاهد من حديث جابر في مستدرك الحاكم [كم ٣ / ٤٨ ، ٤٩] فالحديث حسن ،

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١١/٢٧٥

فإذا تلفت العارية بغير تعد ولا تفريط فإنه يضمن كأن تأتيها آفة من السماء ونحو ذلك ، وهنا احتراز لا بد منه : وهو أن المراد بالتلف غير التلف الذي تقتضيه استعارتها ، مثاله : عندما يستعير ثوبا ليلبسه فإنه لا بد أن يحصل لهذا الثوب شيء من التلف فإن الثوب يبلى ، وهكذا سائر الأشياء المستعارة ، فهذا التلف الذي يقتضيه الاستعمال لا ضمان فيه وإن أتى على الشيء المعار كله ، وذلك لأن الإذن باستعمال هذه العارية متضمن للإذن بإتلافها عادة ، والقول الثاني وهو مذهب الأحناف ، وهو أن العارية غير مضمونة ، واستدلوا بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي في الكبرى والحديث صحيح لطرقه ، وصححه ابن حبان وغيره :(أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال ليعلى بن أمية : إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا ، فقال : يا رسول الله أعارية مؤداة أم عارية مضمونة ؟ فقال : بل عارية مؤداة) [حم ٢٧٠٨٩ ، د ٣٥٦٦ ، حب ١١ / ٢٢ ، ن الكبرى." (١)

"٣ / ٤٠٩] وكذلك الحديث المتقدم :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ، ولما ثبت في سنن الترمذي والحديث إسناده حسن أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(والعارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي) [ت ١٢٦٥ ، د ٣٥٦٥ ، جه ٢٣٩٨] قالوا : والأداء لا يستلزم الضمان بدليل أن الوديعة بالاتفاق لا ضمان فيها ، وقد قال تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } فأمر الله بأدائها ولم يستلزم هذا ضمانها ، فالمقصود أنها تؤدى ما دامت موجودة ، وأما إذا حصل لها تلف بغير تعد ولا تفريط فهذا باب آخر ، وقال المالكية إن تلفت بسبب ظاهر كالحريق فلا ضمان ، وإن تلفت بسبب غير ظاهر فالضمان ثابت ، وأصح الأقوال في هذه المسألة ما اختاره شيخ الإسلام وهو رواية عن الإمام أحمد وهو اختيار صاحب الفائق من الحنابلة وغير واحد من الحنابلة وهو اختيار ابن القيم والشيخ عبد الرحمن بن سعدي وهو أن العارية غير مضمونة إلا أن يشترط ذلك المعير وبه تجتمع الأدلة ، فقول النبي – صلى الله عليه وسلم – ليعلى بن أمية وقد سأله في العارية : أعارية مؤداة أم عارية مضمونة فقال : بل عارية مؤداة ، فهذا يدل على أن العارية ليست بمضمونة ، ولما قال له : صفوان بن أمية أغصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة ، فدل على أنها مع الشرط يثبت الضمان فيها ، ولأن المسلمين على شروطهم ، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ، واشتراط الضمان لا يحل ما حرم الله ولا يحرم ما أحله ، فقول شيخ الإسلام هو قول الأحناف لكنه يرى جواز الشرط ، وأما الأحناف فالمشهور عندهم أن الشرط

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١٥/٤٢

باطل وفي رواية عندهم يرون جواز الشرط ، ولا خلاف بين أهل العلم أنه إذا فرط في حفظ هذه العارية أو تعدى عليها بفعله فإنه يضمن ، لأن الضمان بالتعدي أو التفريط ثابت في الوديعة فمن باب أولى في العارية .." (١)

"وقول المؤلف (ولو شرط نفي ضمانها) هذا ضعيف ، وهو إشارة إلى الخلاف المتقدم ، فعن الإمام أحمد وهو اختيار طائفة من أصحابه أن الشرط صحيح وهذا هو القول الراجح .

قوله [وعليه مؤنة ردها]

أي على المستأجر مؤنة رد العارية ، فالعارية عندما تستعار ، ويحين ردها فإنها قد تحتاج إلى نفقة لإرجاعها إلى مالكها ، فهنا تجب على المستعير هذه النفقة ، لقوله – صلى الله عليه وسلم – :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ، ولأن أداء العارية واجب ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

** وهل عليه نفقة المعار أثناء الاستعارة ؟

المشهور في المذهب أنه لا يجب ، فإذا كانت دابة ونحوها فلا يجب عليه أن ينفق عليها ، وإذا أعلفها مثلا فإنه يرجع بعلفها على معيرها ، وقال شيخ الإسلام :" قياس المذهب فيما يظهر لي أنها تجب على المستعير " وذكر شيخ الإسلام أنه لم يجد قولا في المذهب ، ولذا خرجها كما تقدم ، وقال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي :" وهو العرف الجاري ، ويستقبح الناس أن يحسن إلى أحد بإعارة دابة يستعملها ويركبها فيعلفها ثم يرجع بعلفها على صاحبها " أ.هـ وهو كما قال ، فالراجح أن نفقة العين المستعارة واجبة على المستعير لأن العرف يقضي بذلك .

قوله [لا المؤجرة]

فالعين المؤجرة مؤنة ردها تجب على المؤجر لا على المستأجر ، فإذا استأجر دابة فحان ردها فنفقة الرد على المؤجر ، وأما المستأجر فلا يجب عليه نفقة ردها ، بل يردع يده عنها ، وهذا هو المشهور من المذهب ، وهو تعليل ظاهر ما لم يحكم عرف بخلافه أو يثبت ضرر بفعله ، فإن ثبت ضرر كأن يخلي الدابة في موضع يخشى عليها التلف فيه فإن هذا ممنوع ، أو قضى عرف بأنه يجب عليه أن يرد ، كأن يقضي العرف بأن من استأجر سيارة ونحوها فإنه يردها إلى مؤجرها ، فالرد على المؤجر .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١٥/٤٣

قوله [ولا يعيرها]." (١)

"إن اغتصب هذا الحر واستعمله في مهنة ونحو ذلك فعليه أجرته ، وذلك لأنه استوفى منفعته ، والمنفعة لها عوض فوجب العوض ، وكذلك إذا حبسه ولم يكرهه على عمل لكنه حبسه في دار أو نحو ذلك ففوت عليه منافعه فعليه أجرة المثل لأنه فوت عليه منافعه ، والمنافع لها أجرة ، فإن منعه العمل ولم يحبسه ولم يغصبه لكنه منعه من العمل بغير وجه حق ، فهل يثبت الضمان أم لا ؟

المشهور من المذهب أنه لا ضمان عليه ، وقال صاحب الفروع :" يتوجه : بلى " أي عليه ضمان ، وصوبه صاحب الإنصاف ، وهذا القول هو الراجح ، وذلك لأنه بمنعه قد فوت عليه منافعه فيجب عليه أجرة المثل .

قوله [ويلزم رد المغصوب بزيادته وإن غرم أضعافه]

فيلزم رد المغصوب بزيادته المتصلة والمنفصلة ، كأن يغتصب عبدا فيعمله الكتابة أو يغتصب دابة فيسمنها فذه زيادة متصلة ، ومثال الزيادة المنفصلة ، كأن يغتصب بهائم فتنتج أو تلد فحينئذ تتبعها أولادها ونتاجها وتكون كلها للمغصوب منه ، كذلك إذا سرق منه رقيقا فعلمه صنعة من الصنائع فيجب عليه رده ، ولا يستحق شيئا على هذا التعليم بل يكون العبد بصفته ملكا للمسروق منه ، وذلك لأن هذه الزيادة هي نما ملك المغصوب ، ويجب عليه الرد لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – :(ومن أخذ عصا أخيه بغير حق فليردها) وغير هذا من الأدلة التي تدل على وجوب ذلك ، وعليه أن يردها ولو خسر أضعافها ، مثال ذلك : إذا اغتصب عبدا ، فأبق العبد فيجب عليه أن يرد المغصوب وإن خسر أموالا كثيرة لرده ، وذلك لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)

قوله [وإن بنى في الأرض أو غرس لزمه القلع ، وأرش نقصها ، وتسويتها والأجرة]

مثاله : رجل بنى في أرض غيره ، أو غرس نخلا أو شجرا في أرض غيره فما الحكم ؟." (٢)

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١٥/٤٤

(٢) شرح الزاد للحمد، ١٥/٥٢

"قوله : [أو مات بمرض]

إذا مات بمرض ، هكذا قدر عليه ، لا ارتباط له بالمحل .

اغتصبه – يعني سرقه – ، ثم إن هذا الصبي أو الصبية أتاه مرض ، هذا المرض لا ارتباط له بالمحل الذي وضع فيه ، فهنا قالوا أيضا : عليه الضمان .

وهذا أحد القولين في المذهب .

وأما المشهور في المذهب فهو : أنه لا ضمان عليه .

أهل القول الأول قالوا : إن يده يد غصب ، واليد الغاصبة تضمن مطلقا ، فلو اغتصب مالا كدراهم أو دنانير ، ثم إنها تلفت ، ولم يكن هذا التلف بتعد منه ولا تفريط ، فهل يضمن ؟ نعم ، يضمن ، **فعلى اليد ما أخذته** حتى تؤديه . أو : رجل سرق سيارة ، ثم إن هذه السيارة أحرقت أو أتتها صاعقة أو أي شيء من ذلك ، فإنه يضمن ، لأن **على اليد ما أخذته** حتى تؤديه ، وهذا يده يد غصب ، ويد غصب ضامنة مطلقا .

وأما القول الثاني ، فقالوا : إنه لم يباشر قتله ، ولم يتسبب في قتله ، لأن القتل لم له ارتباط بالمحل الذي هو فيه ، وأما كون يده يد غصب ، فإن هذا إنما في الأموال ، وأما هذا فهو حر ، وليس بمال . وهذا هو القول الأرجح . فالأرجح وهو المذهب : أنه لا ضمان ؛ وذلك لأن يد الغاصب إنما تضمن الأموال ، وهذا حر وليس بمال ، ولذا قيد في المسألة " وإن غصب حرا " ، وذلك لأنه لو غصب عبدا ، فإنه أولا لا دية ، بل فيه القيمة ، ثم يثبت الضمان مطلقا بكل الأحوال ، لأن العبد مال .

قوله : [أو غل حرا مكلفا وقيده ، فمات بالصاعقة أو الحية ، وجبت الدية فيهما]

هناك لم يشترط في الصبي أن يقيد ، وأما هنا فإنه اشترط ذلك في المكلف ، لأن الصبي اليد عليه وإن لم يكن مقيدا ، فاليد على الصبي وإن لم يكن مقيدا ، لأنه لا يكاد يتمكن من الفرار والهرب ، وإن لم يكن مقيدا ، كما أن حرصه على مصلحة نفسه ، ليست كالمكلف .

" غله " : بحبل في عنقه ويديه .

" وقيده " : في رجليه .." (١)

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٤/٧٢

"واعلم أن من تعينت أضحيته المستحبة وقد تقدم أنه لا يجب عليه أحد إن حدث بها تلف أو عيب يمنع الإجزاء ، لا يجب عليه أن يضحي .

اعلم أنها إن وقع فيها عيب من فعله فإنه يضمنها لأن **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه .

فهي يد أمينة ، فإن حدث في هذه البهيمة شيء من العيوب بغير فعله فلا شيء عليه .

وأما إن كان بفعله وتعديه وتفريطه فإنه يلزمه أن يذبح غيرها لأنها تلفت في يده وبتعديه وتفريطه، فهي قد تعينت وتعدى عليها أو فرط في حفظها فوجب عليه أن يضحي ببدلها .

مسألة :

وهل الأضحية مشروعة للحاج ؟ انظر الجواب في مطلع الدرس القادم " بعد هذا الدرس " .

والحمد لله رب العالمين .

تقدم البحث في حكم الأضحية ، واعلم أن مذهب جمهور العلماء مشروعية الأضحية في يوم النحر مطلقا للحاج وغيره ، وأن الحاج يشرع له أن يضحي كغيره من المسلمين .

واستدلوا : بما ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم : (ضحى في حجة الوداع عن نسائه بالبقر) .

قالوا : فدل هذا على مشروعية الأضحية للحاج كغيره .." (١)

"فالعارية مضمونة بقيمتها يوم تلفت لأنه هو يوم فواتها على معيرها ، فالعارية مضمونة وإن لم يتعد ولم يفرط ، وإن كانت مثلية فالضمان بالمثلي وإلا فبقيمته ، ولو شرط نفي ضمانها فإنها تضمن ، فلو قال المستعير بشرط ألا أضمن ، فإنه يضمن ولا يعتبر هذا الشرط ، وهذا هو المشهور في مذهب أحمد والشافعي ، واستدلوا بما رواه الخمسة بإسناد صحيح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) [حم ١٩٥٨٢ ، ت ١٢٦٦ ، د ٣٥٦١ ، جه ٢٤٠٠ ، ن الكبرى ٣ / ٤١١] قالوا : فهذا يدل على أن اليد يجب عليها ما أخذت حتى تؤديه إلى مالكه ، واستدلوا بما رواه أحمد وأبو داود من حديث صفوان ابن أمية :(أن النبي – صلى الله عليه وسلم – استعار منه دروعا يوم حنين

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٢٧٥/٤٣

فقال : أغصب يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة) [حم ٢٧٠٨٩ ، د ٣٥٦٢] والحديث فيه شريط بن عبد الله ، وله شاهد من حديث جابر في مستدرك الحاكم [كم ٣ / ٤٨ ، ٤٩] فالحديث حسن ، فإذا تلفت العارية بغير تعد ولا تفريط فإنه يضمن كأن تأتيها آفة من السماء ونحو ذلك ، وهنا احتراز لا بد منه : وهو أن المراد بالتلف غير التلف الذي تقتضيه استعارتها ، مثاله : عندما يستعير ثوبا ليلبسه فإنه لا بد أن يحصل لهذا الثوب شيء من التلف فإن الثوب يبلى ، وهكذا سائر الأشياء المستعارة ، فهذا التلف الذي يقتضيه الاستعمال لا ضمان فيه وإن أتى على الشيء المعار كله ، وذلك لأن الإذن باستعمال هذه العارية متضمن للإذن بإتلافها عادة ، والقول الثاني وهو مذهب الأحناف ، وهو أن العارية غير مضمونة ، واستدلوا بما رواه أحمد وأبو داود والنسائي في الكبرى والحديث صحيح لطرقه ، وصححه ابن حبان وغيره :(أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال ليعلى بن أمية : إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا ، فقال : يا رسول الله أعارية مؤداة أم عارية مضمونة ؟ فقال : بل عارية مؤداة) [حم ٢٧٠٨٩ ، د ٣٥٦٦ ، حب ١١ / ٢٢ ، ن الكبرى." (١)

"٣ / ٤٠٩] وكذلك الحديث المتقدم :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ، ولما ثبت في سنن الترمذي والحديث إسناده حسن أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(والعارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي) [ت ١٢٦٥ ، د ٣٥٦٥ ، جه ٢٣٩٨] قالوا : والأداء لا يستلزم الضمان بدليل أن الوديعة بالاتفاق لا ضمان فيها ، وقد قال تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } فأمر الله بأدائها ولم يستلزم هذا ضمانها ، فالمقصود أنها تؤدى ما دامت موجودة ، وأما إذا حصل لها تلف بغير تعد ولا تفريط فهذا باب آخر ، وقال المالكية إن تلفت بسبب ظاهر كالحريق فلا ضمان ، وإن تلفت بسبب غير ظاهر فالضمان ثابت ، وأصح الأقوال في هذه المسألة ما اختاره شيخ الإسلام وهو رواية عن الإمام أحمد وهو اختيار صاحب الفائق من الحنابلة وغير واحد من الحنابلة وهو اختيار ابن القيم والشيخ عبد الرحمن بن سعدي وهو أن العارية غير مضمونة إلا أن يشترط ذلك المعير وبه تجتمع الأدلة ، فقول النبي – صلى الله عليه وسلم – ليعلى بن أمية وقد سأله في العارية : أعارية مؤداة أم عارية مضمونة فقال : بل عارية مؤداة ، فهذا يدل على أن العارية ليست بمضمونة ، ولما قال له : صفوان بن أمية أغصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة ، فدل على أنها مع الشرط يثبت الضمان فيها ، ولأن المسلمين على

(١) شرح الزاد للحمد، ٤٢/٤٧

شروطهم ، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ، واشتراط الضمان لا يحل ما حرم الله ولا يحرم ما أحله ، فقول شيخ الإسلام هو قول الأحناف لكنه يرى جواز الشرط ، وأما الأحناف فالمشهور عندهم أن الشرط باطل وفي رواية عندهم يرون جواز الشرط ، ولا خلاف بين أهل العلم أنه إذا فرط في حفظ هذه العارية أو تعدى عليها بفعله فإنه يضمن ، لأن الضمان بالتعدي أو التفريط ثابت في الوديعة فمن باب أولى في العارية .." (١)

"وقول المؤلف (ولو شرط نفي ضمانها) هذا ضعيف ، وهو إشارة إلى الخلاف المتقدم ، فعن الإمام أحمد وهو اختيار طائفة من أصحابه أن الشرط صحيح وهذا هو القول الراجح .

قوله [وعليه مؤنة ردها]

أي على المستأجر مؤنة رد العارية ، فالعارية عندما تستعار ، ويحين ردها فإنها قد تحتاج إلى نفقة لإرجاعها إلى مالكها ، فهنا تجب على المستعير هذه النفقة ، لقوله – صلى الله عليه وسلم – :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ، ولأن أداء العارية واجب ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

** وهل عليه نفقة المعار أثناء الاستعارة ؟

المشهور في المذهب أنه لا يجب ، فإذا كانت دابة ونحوها فلا يجب عليه أن ينفق عليها ، وإذا أعلفها مثلا فإنه يرجع بعلفها على معيرها ، وقال شيخ الإسلام :" قياس المذهب فيما يظهر لي أنها تجب على المستعير " وذكر شيخ الإسلام أنه لم يجد قولا في المذهب ، ولذا خرجها كما تقدم ، وقال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي :" وهو العرف الجاري ، ويستقبح الناس أن يحسن إلى أحد بإعارة دابة يستعملها ويركبها فيعلفها ثم يرجع بعلفها على صاحبها " أ.هـ وهو كما قال ، فالراجح أن نفقة العين المستعارة واجبة على المستعير لأن العرف يقضي بذلك .

قوله [لا المؤجرة]

فالعين المؤجرة مؤنة ردها تجب على المؤجر لا على المستأجر ، فإذا استأجر دابة فحان ردها فنفقة الرد على المؤجر ، وأما المستأجر فلا يجب عليه نفقة ردها ، بل يردع يده عنها ، وهذا هو المشهور من المذهب ، وهو تعليل ظاهر ما لم يحكم عرف بخلافه أو يثبت ضرر بفعله ، فإن ثبت ضرر كأن يخلي

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٤٣/٤٧

الدابة في موضع يخشى عليها التلف فيه فإن هذا ممنوع ، أو قضى عرف بأنه يجب عليه أن يرد ، كأن يقضي العرف بأن من استأجر سيارة ونحوها فإنه يردها إلى مؤجرها ، فالرد على المؤجر .

قوله [ولا يعيرها]." (١)

"إن اغتصب هذا الحر واستعمله في مهنة ونحو ذلك فعليه أجرته ، وذلك لأنه استوفى منفعته ، والمنفعة لها عوض فوجب العوض ، وكذلك إذا حبسه ولم يكرهه على عمل لكنه حبسه في دار أو نحو ذلك ففوت عليه منافعه فعليه أجرة المثل لأنه فوت عليه منافعه ، والمنافع لها أجرة ، فإن منعه العمل ولم يحبسه ولم يغصبه لكنه منعه من العمل بغير وجه حق ، فهل يثبت الضمان أم لا ؟

المشهور من المذهب أنه لا ضمان عليه ، وقال صاحب الفروع :" يتوجه : بلى " أي عليه ضمان ، وصوبه صاحب الإنصاف ، وهذا القول هو الراجح ، وذلك لأنه بمنعه قد فوت عليه منافعه فيجب عليه أجرة المثل .

قوله [ويلزم رد المغصوب بزيادته وإن غرم أضعافه]

فيلزم رد المغصوب بزيادته المتصلة والمنفصلة ، كأن يغتصب عبدا فيعمله الكتابة أو يغتصب دابة فيسمنها فذه زيادة متصلة ، ومثال الزيادة المنفصلة ، كأن يغتصب بهائم فتنتج أو تلد فحينئذ تتبعها أولادها ونتاجها وتكون كلها للمغصوب منه ، كذلك إذا سرق منه رقيقا فعلمه صنعة من الصنائع فيجب عليه رده ، ولا يستحق شيئا على هذا التعليم بل يكون العبد بصفته ملكا للمسروق منه ، وذلك لأن هذه الزيادة هي نما ملك المغصوب ، ويجب عليه الرد لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – :(ومن أخذ عصا أخيه بغير حق فليردها) وغير هذا من الأدلة التي تدل على وجوب ذلك ، وعليه أن يردها ولو خسر أضعافها ، مثال ذلك : إذا اغتصب عبدا ، فأبق العبد فيجب عليه أن يرد المغصوب وإن خسر أموالا كثيرة لرده ، وذلك لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – :(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٤٤/٤٧

قوله [وإن بنى في الأرض أو غرس لزمه القلع ، وأرش نقصها ، وتسويتها والأجرة]

مثاله : رجل بنى في أرض غيره ، أو غرس نخلا أو شجرا في أرض غيره فما الحكم ؟." (١)

"قوله : [أو مات بمرض]

إذا مات بمرض ، هكذا قدر عليه ، لا ارتباط له بالمحل .

اغتصبه – يعني سرقه – ، ثم إن هذا الصبي أو الصبية أتاه مرض ، هذا المرض لا ارتباط له بالمحل الذي وضع فيه ، فهنا قالوا أيضا : عليه الضمان .

وهذا أحد القولين في المذهب .

وأما المشهور في المذهب فهو : أنه لا ضمان عليه .

أهل القول الأول قالوا : إن يده يد غصب ، واليد الغاصبة تضمن مطلقا ، فلو اغتصب مالا كدراهم أو دنانير ، ثم إنها تلفت ، ولم يكن هذا التلف بتعد منه ولا تفريط ، فهل يضمن ؟ نعم ، يضمن ، **فعلى اليد ما أخذته** حتى تؤديه . أو : رجل سرق سيارة ، ثم إن هذه السيارة أحرقت أو أتتها صاعقة أو أي شيء من ذلك ، فإنه يضمن ، لأن **على اليد ما أخذته** حتى تؤديه ، وهذا يده يد غصب ، ويد غصب ضامنة مطلقا .

وأما القول الثاني ، فقالوا : إنه لم يباشر قتله ، ولم يتسبب في قتله ، لأن القتل لم له ارتباط بالمحل الذي هو فيه ، وأما كون يده يد غصب ، فإن هذا إنما في الأموال ، وأما هذا فهو حر ، وليس بمال . وهذا هو القول الأرجح . فالأرجح وهو المذهب : أنه لا ضمان ؛ وذلك لأن يد الغاصب إنما تضمن الأموال ، وهذا حر وليس بمال ، ولذا قيد في المسألة " وإن غصب حرا " ، وذلك لأنه لو غصب عبدا ، فإنه أولا لا دية ، بل فيه القيمة ، ثم يثبت الضمان مطلقا بكل الأحوال ، لأن العبد مال .

قوله : [أو غل حرا مكلفا وقيده ، فمات بالصاعقة أو الحية ، وجبت الدية فيهما]

هناك لم يشترط في الصبي أن يقيد ، وأما هنا فإنه اشترط ذلك في المكلف ، لأن الصبي اليد عليه وإن لم يكن مقيدا ، فاليد على الصبي وإن لم يكن مقيدا ، لأنه لا يكاد يتمكن من الفرار والهرب ، وإن لم يكن مقيدا ، كما أن حرصه على مصلحة نفسه ، ليست كالمكلف .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٥٢/٤٧

" غله " : بحبل في عنقه ويديه .

" وقيده " : في رجليه .." (١)

"٨٧٤ - . مسألة : (ولا ضمان على حجام ولا ختان أو طبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم) إذا فعل هؤلاء ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين : أحدهما أن يكونوا ذوي حذق وبصارة في صنعتهم ومعرفة بها والثاني ألا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما أمروا به لأنهم إذا كانوا كذلك فقد فعلوا فعلا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق أو فعلا مباحا مأمورا به أشبه ما ذكرنا مسألة : فأما إذا لم يعرف منهم حذق الصنعة فلا يحل لهم مباشرة القطع فإن قطعوا مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وإن كانوا حذاقا إلا أن أيديهم جنت مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو في وقت لا يصلح القطع فيه فإنه يضمن لأن الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء

٨٧٥ - . مسألة : (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد (لأنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع والتعدي أن ينام عنها أو يتركها حتى تبعد عنه كثيرا وشبه ذلك إذا فعل هذا ضمن لأنه تلف بعدوانه

٨٧٦ - . مسألة : (ويضمن القصار والخياط ونحوهما ممن يتقبل العمل ما تلف بعمله دون ما تلف من حرزه) وذلك أن القصار إذا أتلف الثوب بقوة الدق والعصر والخياط بخياطته فإنه يضمن لأنه قبض العين لمنفعته فأشبه المستعير فأما إن تلفت من حرزه فلا يضمن لأنه أمين فأشبه المودع

باب الغصب

وهي الاستيلاء على مال غيره بغير حق

٨٧٧ - . مسألة : (ومن غصب شيئا فعليه رده) [لقوله عليه السلام : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي] (وعليه أجرة مثله مدة مقامه في يده) لأنه فوت عليه منفعته والمنافع لها قيمة فيضمنها كالأعيان

٨٧٨ - . مسألة : (وان نقص فعليه أرش نقصه) لأنه يلزمه ضمان جميع المغصوب لو تلف فيلزمه ضمان بعضه بقيمته قياسا للبعض على الكل." (٢)

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٤/٩٥

(٢) العدة شرح العمدة، ١/٢٦٣

"٨٨٤ – . مسألة : (وإن تلف المغصوب أو تعذر رده فعليه مثله إن كان مكيلا أو موزونا وقيمته إن لم يكن كذلك) أما إذا تلف المغصوب فعليه مثله قال ابن عبد البر : كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وإن لم يكن كذلك فعليه قيمته لما روى ابن عمر [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل] متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل وأما إذا تعذر رده مع وجوده فعليه مثله أو قيمته لذلك (ثم إن قد ر على رده) بعد ذلك (رده) لأنه غير مال فيلزمه رده كما لو لم يتعذر رده (ويأخذ القيمة) لأن المالك أخذها على سبيل العوض عن ملكه فإذا رجع إليه ملكه ردها كما لو لم يكن أخذ شيئا

٨٨٥ – . مسألة : (وإن خلط المغصوب بما لا يتميز به من جنسه فعليه مثله منه) في أحد الوجهين وهو قول ابن حامد لأنه قدر على دفع ماله إليه فلم ينتقل إلى البدل في الجميع كما لو غصب شيئا فتلف بعضه وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله وفي الوجه الآخر يلزمه مثله من حيث شاء وهو قول القاضي لأنه تعذر رد عينه أشبه ما لو أتلفه كله

٨٨٦ – . مسألة : (وإن خلطه بغير جنسه فعليه مثله حيث شاء) لذلك

٨٨٧ – . مسألة : (وإن غصب أرضا فغرسها أخذ بقلع غرسه) لقوله صلى الله عليه وسلم : [ليس لعرق ظالم حق] (ويلزمه ردها) لقوله صلى الله عليه وسلم : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (ويلزمه أرش نقصها) لأنها لو تلفت جميعا لزمه قيمتها فإذا نقصت لزمه البعض كما يلزمه ضمان الجملة (ويلزمه الأجرة) لأنه شغل ملك الغير بغير إذنه أشبه غصب الدابة

٨٨٨ – . مسألة : (وإن زرعها وأخذ الغاصب الزرع ردها وأجرتها) لذلك." (١)

"يجد حاكما دفعه إلى عدل، وان كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لانهما في حكم الاقامة، وان كانا أحدهما حاضرا وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما إذا دفعه إليه لزمه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر لانه فرط في دفعه إليه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " رواه أبو داود والترمذي والنسائي { مسألة } (فان أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد فان كان فيه نقود باع بجنس الدين) وجملة ذلك انهما إذا أذنا للعدل في البيع ولم يعينا نقدا لم يبع الا بنقد البلد لان الحظ فيه

---

(١) العدة شرح العمدة، ١/٢٦٥

فان كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك.

فان تساووا فقال القاضي يبيع بما يؤديه إليه اجتهاده وهو قول الشافعي لانه الاحظ.

فان تساووا بيع بجنس الدين.

والذي ذكره شيخنا ان النقود إذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما ير فيه الحظ لانه يمكن القضاء منه.

فان لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به، وان عينا له نقدا لم يجز أن يخالفهما لان الحق لهما، وان اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقا للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الامر إلى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك، قال شيخنا والاولى انه يبيعه بما يرى الحظ فيه.

فان كان في البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقدا وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل

المخالف، وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لايفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك.

وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن.

وكل موضع حكمنا ببطلان البيع وجب رد المبيع ان كان باقيا فان تعذر فللمرتهن تضمين أيهما شاء من العدل أو المشتري بأقل الامرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما.

وان استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان." (١)

"ولنا انه اعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤١٦/٤

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط نفي ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أولم يتعد) روى ذلك عن ابن عباس وأبى هريرة وهو قول الشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة: هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ليس على المستعير غير المغل ضمان) ولانه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم (العارية مؤداة) يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها).

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه أخذ ملك غيره لنفع نفعه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف فكان مضمونا كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدار قطعي ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والاجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.." (١)

"الانتفاع على كل وجه فملك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أبيح له أكل الطعام.

فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منهما لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عله وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض (مسألة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء) لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد (مسألة) (وعلى المستعير مؤنة رد العارية) لقول النبي صلى الله عليه وسلم (العارية مؤداة) وقوله (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) قال الترمذي هذا حديث حسن، ويجب ردها إلى المعير أو الوكيل في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٣٦٥

ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى املاك اربابها فيكون مأذونا فيه عادة." (١)

"عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسألة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتني فالقول قول المالك إذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة

فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله وسلم (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) حديث حسن وإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدما، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها أجرة والبهمية تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذا لا فائدة في اليمين على شئ يعرف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا بيمين لانه يدعي شيئا لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة." (٢)

"أيضا فيدخل في عموم قوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي) وهذا لا خلاف فيه بحمدالله ويلزم المشتري المهر لانه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان (مسألة) (وإن ولدت منه فالولد حر) لانه اعتقد أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطئ هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لانهم

كانوا في حال العلوق أحرارا ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولا لابي عبد الله أول والذي أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضا وجعفر به محمد وهو قول أبى حنيفة والشافعي ويفديهم

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٦٩/٥

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٧٢/٥

ببدلهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المغصوب لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقيل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن تقويمه (مسألة) (ويفديه بمثله في صفاته تقريبا) هذا ظاهر قول الخرقي لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته وقال أبو بكر يفديهم بثهلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر." (١)

"المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا (مسألة) (ويرجع بذلك على الغاصب) يعنى بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطئ بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وان كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع بيدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي) (مسألة) (وان تلفت فعليه قيمتها لمالكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب كما لو وجد العين باقية فاخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب لانه دخل مع الغاصب على ان يسلم له العين فينبغي ان يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الاولاد (مسألة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالاجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به) وجملة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فاراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة اضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وارش بكارتها، وفيه رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع." (٢)

"* (مسألة) * (ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له فيما عمل فيه وعنه يضمن) اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٤٢٠

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٤٢١

فروي عنه لا يضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطئ وأبي حنيفة وزفر وقول للشافعي، وروي عن أحمد ان كان هلاكه بما يستطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدوا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنه يضمن إذا ذهبت من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمين بما إذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولانه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي صلى الله عليه وسلم " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولانه قبضها باذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فنخص محل النزاع بالقياس عليها.

إذا ثبت هذا." (١)

"(ولا أجرة لمن أعار حائطا) ثم رجع (حتى يسقط) لأن بقاؤه بحكم العارية فوجب كونه بلا أجرة بخلاف من أعار أرضا لزرع ثم رجع فيبقى الزرع بأجرة المثل لحصاده جمعا بين الحقين (ولا يرد) الخشب (إن سقط) الحائط لهدم أو لغيره لأن الإذن تناول الأول فلا يتعداه لغيره (إلا بإذنه) أي إذن صاحب الحائط أو عند الضرورة إلى وضعه إذا لم يتضرر الحائط كما تقدم في الصلح (وتضمن العارية) المقبوضة إذا تلفت في غير ما استعيرت له لقوله صلى الله عليه وسلم **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الخمسة وصححه الحاكم وروي عن ابن عباس وأبى هريرة لكن المستعير من المستأجر أو لكتب علم ونحوها موقوفة

". (٢)

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٢٣/٦

(٢) الروض المربع، ٣٤٢/٢

"**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد (إلا المؤجرة) فلا يجب على المستأجر مؤنة

". (١)

" فصل

إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال اعرتنيها قال بل أجرتكها عقيب العقد والدابة قائمة فالقول قول الراكب لأن الأصل عدم الإجارة وبراءة ذمته من الأجرة وإن كان بعد مضي مدة لمثلها أجرة فالقول قول المالك لأنهما اختلفا في صفة نقل ملكه إلى غيره فأشبه ما لو اختلفا في العين فقال وهبتنيها وقال بل بعتكها فيحلف المالك ويجب له المسمى في أحد الوجهين لأنه ادعاه وحلف عليه والآخر تجب أجرة المثل لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدر الأجرة لم يجب أكثر من أجرة المثل فمع الاختلاف أولى وإن قال أكريتنيها قال بل أعرتكها بعد تلفها أو قبله فالقول قول المالك مع يمينه لأنهما اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقوله عليه السلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده حديث حسن والقول قول الراكب في قدر القيمة مع يمينه وإن قال غصبتنيها قال بل أعرتنيها أو أكريتنيها فالقول قول المالك لذلك ولأن الراكب يدعي انتقال المنافع إلى ملكه بالعارية أو الكراء والمالك ينكر ذلك والأصل معه

". (٢)

"& باب الغصب &

وهو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق وهو محرم بالإجماع وقد روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا رواه مسلم ومن غصب شيئا لزمه رده لما روى سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال **على اليد ما أخذت** حتى ترده وإن نقصت لتغير الأسعار لم يضمنها لان حق المالك في العين وهي باقية لم

---

(١) الروض المربع، ٢/٣٤٥

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٣٨٨

تتغير صفتها ولا حق له في القيمة مع بقاء العين وإن نقصت القيمة لنقص المغصوب نقصا مستقرا كثوب استخلق أو تخرق وإناء تكسر أو تشقق وشاة ذبحت وحنطة طبخت فعليه رده وأرش نقصه لأنه نقص عين نقصت به القيمة فوجب ضمانه كذراع من الثوب وإن طالب المالك ببدله لم يملك ذلك لأن عين ماله باق فلم يملك المطالبة ببدله كما لو قطع من الثوب جزءا وإن كان النقص غير مستقر كطعام ابتل أو عفن فله بدله في قول القاضي لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف وقال أبو الخطاب يخير بين ذلك وبين تركه حتى يستقر فيه الفساد ويأخذه مع أرشه لأن عين ماله باقية فلا يمنع من أخذها مع أرشها كالثوب الذي تخرق

". (١)

" ٣ – وعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم " قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه "

– رواه الخمسة إلا النسائي زاد أبو داود والترمذي قال قتادة ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية ." (٢)

" – الحديث صححه الحاكم وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور قد تقدم وفيه دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخضته يده من مال غيره باعارة أو اجارة أو غيرهما حتى يرده إلى مالكه وبه استدل من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان وقد تقدم الخلاف في ذلك وهو صالح للاحتجاج به على التضمين لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ على من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ . وقال المقبلي في المنار يحتجون بهذا الحديث في مواضع على التضمين ولا أراه صريحا لأن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد وإلا فليست بأمينة

ومستخبر عن سر ليلى تركته بعمياء من ليلى بغير يقين

يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا أن خبرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك وهو الذي تفيده على فعلي هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣٨٩/٢

(٢) نيل الأوطار، ٢٩/٦

لا ضمان عليه بعد رواية الحديث اه ولا يخفى عليك ما في هذا الكلام من قلة الجدوى وعدم الفائدة وبيان ذلك أن قوله لأن اليد الأمينة عليها ما أخذت حتى ترد وإلا فليست بأمينة يقتضي الملازمة بين عدم الرد وعدم الأمانة فيكون تلف الوديعة والعارية بأي وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الأمين عن كونه أمينا وهو ممنوع فإن المقتضى لذلك إنما هو التلف بخيانة أو جناية ولا نزاع في أن ذلك موجب للضمان إنما النزاع في تلف لا يصير به الأمين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة أو ضياع بلا تفريط فإنه يوجد التلف في هذه الأمور مع بقاء الأمانة . وظاهر الحديث يقتضي الضمان وقد عارضه ما أسلفنا . وقال في ضوء النهار إن الحديث إنما يدل على وجوب تأدية غير التالف والضمان عبارة عن غرامة التالف اه ولا يخفى أن قوله في الحديث " **على اليد ما أخذت** " من المقتضى الذي يتوقف فهم المراد منه على مقدر وهو إما الضمان أو الحفظ أو التأدية فيكون معنى الحديث على اليد ضمان ما أخذت أو حفظ ما أخذت أو تأدية ما أخذت ولا يصح ههنا تقدير التأدية لأنه قد جعل قوله حتى تؤديه غاية لها والشيء لا يكون غاية لنفسه . وأما الضمان والحفظ فكل واحد منهما صالح للتقدير ولا يقدران معالما تقرر من أن المقتضى لا عموم له فمن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر وبهذا تعرف أن قوله إنما يدل الحديث على وجوب التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغي وأما مخالفة رأي الحسن لروايته فقد تقرر في الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأي ." (١)

"سماوية لخبر: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وحينئذ يضمنها (بقيمتها) متقومة كانت أو مثلية (يوم تلفها) هذا ما جزم به في الانوار.

واقتضاه كلام جمع، وقال ابن أبي عصرون: يضمن المثلي بالمثلي وجرى عليه السبكي، وهذا هو الجاري على القواعد فهو المعتمد.

ولو استعار عبدا عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه لانه لم يأخذها ولم يستعملها بخلاف إكاف الدابة، قاله البغوي في فتاويه.

تنبيه: يستثنى من ضمان العارية مسائل منها: جلد الاضحية المنذورة، فإن إعارته جائزة ولا يضمنه المستعير إذا تلف في يده.

---

(١) نيل الأوطار، ٢٩/٦

ومنها المستعار للرهن إذا تلف في يد المرتهن فلا ضمان عليه ولا على المستعير.
ومنها ما لو استعار صيدا من محرم فتلف في يده لم يضمنه في الاصح.
ومنها ما لو أعاره الامام شيئا من بيت المال لمن له حق فيه فتلف في يد المستعير لم يضمنه.
ومنها ما لو استعار الفقيه كتابا موقوفا على المسلمين لانه من جملة الموقوف عليهم، أما ما تلف بالاستعمال المأذون فيه فإنه لا يضمنه للاذن فيه.
تتمة: لو قال من في يده عين كدابة وأرض لمالكها.
أعرتني ذلك، فقال له مالكها: بل أجرتك أو غصبتني.
ومضت مدة لمثلها أجرة صدق المالك كما لو أكل طعام غيره وقال كنت أبحته لي وأنكر المالك، أما إذا لم تمض مدة لمثلها أجرة والعين باقية فيصدق من بيده العين بيمينه في الاولى، ولا معنى لهذا الاختلاف في الثانية.
ولو ادعى المالك الاعارة وذو اليد الغصب فلا معنى للنزاع فيما إذا كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة، فإن مضت فذو اليد مقر بالاجرة لمنكرها، ولو اختلف المعير والمستعير في رد العارية صدق المعير بيمينه لان الاصل عدم الرد، ولو استعمل المستعير العارية جاهلا برجوع المعير لم تلزمه أجرة.
فإن قيل: الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه أجيب بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وهنا بخلافه، والاصل بقاء السلطنة وبأن المالك مقصر بترك الاعلام.
فصل: في الغصب وهو لغة أخذ الشئ ظلما، وقيل أخذه ظلما جهارا، وشرعا استيلاء." (١)
"على حق الغير بلا حق.
والاصل في تحريمه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى: * (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) * أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل.
وأخبار كخبر: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام رواه الشيخان.
ودخل في التعريف المذكور ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه غصب وإن لم يكن فيه إثم.
وقول الرافعي: إن الثابت في هذه حكم الغصب لا حقيقته ممنوع وهو ناظر إلى أن الغصب يقتضي الاثم مطلقا وليس مرادا وإن كان غالبا، فلو ركب دابة لغيره أو جلس على فراشه فغاصب، لم ينقل ذلك ولم يقصد

---

(١) الإقناع، ٣٠٦/١

الاستيلاء.

(ومن غصب مالا) أو غيره (لاحد) ولو ذميا وكان باقيا (لزمه رده) على الفور عند التمكين وإن عظمت المؤنة في رده، ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى لقوله (ص): **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فلو لقي الغاصب المالك بمفازة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف

أجرة النقل، وإن امتنع فوضعه بين يديه برئ إن لم يكن لنقله مؤنة، ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز لانه ينقل ملك نفسه، ولو رد الغاصب الدابة لاصطبل المالك برئ إن علم المالك به بمشاهدة أو إخبار ثقة ولا يبرأ قبل العلم، ولو غصب من المودع أو المستأجر أو المرتهن برئ بالرد إلى كل من أخذ منه لا إلى الملتقط لانه غير مأذون له من جهة المالك في المستعير والمستام وجهان، أوجههما أنه يبرأ لانهما مأذون لهما من جهة المالك لكنهما ضامنان.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه لا يجب على الغاصب مع رد العين المغتصبة بحالها شئ، ويستثنى مسألة يجب فيها مع الرد القيمة، وهي ما لو غصب أمة فحملت بحر في يده ثم ردها لمالكها فإنه يجب عليه قيمتها للحيلولة لان الحامل بحر لاتباع ذكره المحب الطبري.

قال: وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاؤه للامام، ولا يسقط بإبراء المالك.

ويستثنى من وجوب الرد على الفور مسألتان: الاولى ما لو غصب لوحا." (١)

"على أنه (ص) قتله لاستحلاله أو لسبب آخر اه.

والامام أطلق حكاية هذا القول عن القديم، كما تراه وقيده المصنف بكونه (صبرا) قال بعض شارحيه ولم أره بعد التتبع في كلام واحد من الائمة الحاكين له بل أطلقه من وقفت على كلامه منهم.

فلعل ما قيد به المصنف من تصرفه أو له فيه سلف لم أظفر به وعلى كلا الامرين هو منصوب على المصدر اه.

قال النووي في تهذيبه الصبر في اللغة الحبس وقتله صبرا حبسه للقتل.

اه ويوافقه قول الجوهري في صحاحه: يقال: قتل فلان صبرا إذا حبس على القتل حتى يقتل اه. ملخصا.

القول في حكم اليمين المردودة تتمة: هل يثبت القطع في السرقة باليمين المردودة أو لا كأن يدعي على

---

(١) الإقناع، ٣٠٧/١

شخص سرقة نصاب فينكل

عن اليمين فترد على المدعي فيحلف جرى في المنهاج على أنه يثبت بها فيجب القطع.

لان اليمين المردودة كالاقرار أو البينة والقطع يجب بكل منهما والذي جزم في الروضة كأصلها في الباب الثالث في اليمين من الدعاوى ومشى عليه في الحاوي الصغير هنا أنه لا يقطع بها وهو المعتمد لان القطع في السرقة حق الله تعالى بل قال الاذرعي: إنه المذهب والصواب الذي قطع به جمهور الاصحاب وهذا الخلاف بالنسبة إلى القطع.

وأما المال فيثبت قطعا.

القول فيما يثبت به السرقة ويثبت قطع السرقة بإقرار السارق مؤاخذة له بقوله: ولا يشترط تكرار الاقرار.

كما في سائر الحقوق وذلك بشرطين: الاول أن يكون بعد الدعوى عليه فلو أقر قبلها لم يثبت القطع في الحال بل يوقف على حضور المالك وطلبه.

والثاني أن يفصل الاقرار فيبين السرقة والمسروق منه.

وقدر المسروق والحرز بتعيين أو وصف بخلاف ما إذا لم يبين ذلك، لانه قد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له.

ويقبل رجوعه عن الاقرار بالسرقة بالنسبة إلى القطع ولو في أثنائه لانه حق الله تعالى.

ومن أقر بمقتضى عقوبة الله تعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر، كان للقاضي أن يعرض له بالرجوع عما أقر به.

كأن يقول له في الزنا لعلك فأخذت أو لمست أو باشرت وفي السرقة لعلك أخذت من غير حرز.

وفي الشرب لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكرا، لانه (ص) قال لمن أقر عنده بالسرقة: ما إخالك سرقت قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع وقال لماعز: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت رواه البخاري.

ولا يقول له: ارجع عنه لانه يكون أمرا بالكذب.

وتثبت أيضا بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا.

فلو شهد رجل وامرأتان، ثبت المال ولا قطع.

ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة الموجبة للقطع كما مر في الاقرار.

ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقيا لخبر أبي داود: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فإن تلف ضمنه ببدله جبرا لما فات.

فصل: في قاطع الطريق الاصل فيه آية * (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) * وقطع الطريق هو البروز لاخذ مال أو لقتل، أو لارعاب مكابرة واعتمادا على القوة مع البعد عن الغوث.

ويثبت برجلين لا برجل وامرأتين.

وقاطع الطريق ملزم للاحكام ولو سكرانا أو ذميا مختار مخيف للطريق يقاوم من يبرز هوله بأن يساويه أو يغلبه بحيث يبعد معه غوث لبعد عن العمارة أو ضعف." (١)

"* ويجب على المستعير المحافظة على العارية أشد مما يحافظ على ماله ؛ ليردها سليمة إلى صاحبها ؛ لقوله تعالى : إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فدلت الآية على وجوب رد الأمانات ، ومنها العارية ، وقال صلى الله عليه وسلم : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وقال صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة إلى من ائتمنك فدلت هذه النصوص على وجوب المحافظة على ما يؤتمن عليه الإنسان وعلى وجوب رده إلى صاحبه سالما ، وتدخل في هذا العموم العارية ؛ لأن المستعير مؤتمن عليها ؛ ومطلوبة منه ، وهو إنما أبيح له الانتفاع بها في حدود ما جرى به العرف ؛ فلا يجوز له أن يسرف في استعمالها إسرافا يؤدي إلى تلفها ، ولا أن يستعملها فيما لا يصلح استعمالها فيه ؛ لأن صاحبها لم يأذن له بذلك ، وقد قال الله تعالى : هل جزاء الإحسان إلا الإحسان فإن استعملها في غير ما استعيرت له فتلفت ؛ وجب عليه ضمانها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الخمسة ، وصححه الحاكم ؛ فدل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره ، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه . وإن تلفت في انتفاع بها بالمعروف ؛ لم يضمنها المستعير ؛ لأن المعير قد أذن له في هذا الاستعمال ، وما ترتب على المأذون ؛ فهو غير مضمون .

ولا يجوز للمستعير أن يعير العين المعارة لأن من أبيح له شيء ؛ لم يجز له أن يبيحه لغيره ؛ ولأن في ذلك تعريضا لها للتلف .." (٢)

---

(١) الإقناع، ٢/١٩٦

(٢) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ٨/٩٠

"هذا ؛ وقد اختلف العلماء في ضمان المستعير للعارية إذا تلفت في يده في غير ما استعيرت له فذهب جماعة إلى وجوب ضمانها عليه سواء تعدى أو لم يتعد ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وذلك مثل ما لو ماتت الدابة أو احترق الثوب أو سرقت العين المعارة ، وذهب جماعة آخرون إلى عدم ضمانها إذا لم يتعد ؛ لأنها لا تضمن إلا بالتعدي عليها ، ولعل هذا القول هو الراجح ؛ لأن المستعير قبضها بإذن مالكها ، فكانت أمانة عنده كالوديعة .

على أنه يجب على المستعير المحافظة على العارية والاهتمام بها والمسارعة إلى ردها إلى صاحبها إذا انتهت مهمته منها ، وأن لا يتساهل بشأنها ، أو يعرضها للتلف ؛ لأنها أمانة عنده ؛ ولأن صاحبها أحسن إليه ، و هل جزاء الإحسان إلا الإحسان

باب في أحكام الغصب

الغصب لغة : أخذ الشيء ظلما ، ومعناه في اصطلاح الفقهاء : الاستيلاء على حق غيره قهرا بغير حق .

والغصب محرم بإجماع المسلمين ؛ لقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل والغصب من أعظم أكل المال بالباطل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام وقال صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه." (١)

"إلا معنى كالقيميات .

والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات فهو الدال على الماهية فقط ، وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتملة ، فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة ، وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره ، والمجاز هاهنا مراد بالإجماع فلا يكون غيره مرادا ، وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى ، أما على قول من يقول : موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر ؛ لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة ، ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } ، وأما على قول من يقول : موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص ، فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ، ورد العين بالسنة ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح ، وجهد المقل دموعه .

وقوله : (أو لما فيه من التعميم) دليل آخر : يعني في اعتبار المثل معنى تعميم ؛ لأنه يتناول ما له نظير

---

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ٩١/٨

وما ليس له نظير ، (وفي ضده) أي : في اعتبار المثل صورة (تخصيص) ؛ لتناوله ما له نظير فقط ، والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة .

وقوله : (والمراد بالنص) جواب عن قوله : لأن القيمة لا تكون نعما ، وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي ؛ لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا ، ومن النعم بيان لما قتل ، والمراد من النعم النعم الوحشي ؛ لأن الجزاء إنما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي ، وقد ثبت أن النعم كما." [1]

"ذكرا للتبع ، وأما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للأصل .

فإن قيل : سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت ، وإنما الكلام من حيث الحقيقة .

قال شمس الأئمة الحلواني : إذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بأنها لا تطلق ، ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق ، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما ، بخلاف اليد والرجل .

قال المصنف (والأظهر أنه لا يصح) أي الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهرا .." [2]

"أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة ، حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ، ولو كان آبقا فعاد من إباقه كان مملوكا له ، وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ، ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما .

والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترده } فهو الأصل في الغصب ، وإنما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين ، وكان ذلك ضروريا لا يصار إليه إلا عند العجز ، فإذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٥٦/٤

(٢) العناية شرح الهداية، ٢٠٨/٥

يظهر الفضل ليكون ربا ، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي ، وذكر في الدليل المثلي فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها .

ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء ، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز ، ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع ، وبما لو صالح من الدية على." (١)

"قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام " { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } وقال عليه الصلاة والسلام " { لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا ، فإن أخذه فليرده عليه } " ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه ، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفا ؛ لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الأحكام ، (والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) ؛ لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ، فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة .

S." (٢)

"لقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } أي على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم { لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا ، فإن أخذه فليرده عليه } وهو واضح .

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٢/٨٥

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٣٩

ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ، ومعناه : أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن إدخال الغيظ على أخيه ، فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الأذى عليه ، أو قاصد للعبد وهو يريد أنه يجد في ذلك ليغيظه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد ، لا سيما إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية .

وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح .

ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين .

ومنها وجوب الزكاة فإن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب." (١)

"قال رحمه الله : [فعليه رده وأجرة مثله إن كان له أجرة مدة مقامه في يده] : وقوله قال – صلى الله عليه وسلم – : ((**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)) فبين أنه يجب رد الحقوق إلى أصحابها ، وعليه الأجرة لو أنه عطل هذا الشيء مدة فرضنا مثلا أنه في كل يوم له أجرة بمائة وعطله خمسة أيام فيجب عليه أمران: ضمان العين بردها ، وضمان قيمة المنفعة –منفعة العين– وهي الخمسمائة ريال أجرة هذه الأيام التي احتبسها ومنع صاحبه من الانتفاع به ؛ سواء كانت من الإنسان أو الحيوان من العقار أو غيره العقار، أو المنقول كل هذا يجب ضمانه بالرد ورد أجرته إن كانت له أجرة .." (٢)

"رواه الشافعي، والدارقطني وقال: إسناده حسن صحيح (١) (و) على الراهن أيضا (كفنه) ومؤنة تجهيزه بالمعروف، لأن ذلك تابع لمؤنته (٢) (و) عليه أيضا (أجرة مخزنه) إن كان مخزونا، وأجرة حفظه (٣) (وهو أمانة في يد المرتهن) للخبر السابق (٤) ولو قبل عقد الرهن، كبعد الوفاء (٥) (إن تلف من غير

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٤٠

(٢) دروس عمدة الفقه للشنقيطي، ٦/٢٥٣

تعد)(٦).

---

(١) وقال الحافظ وغيره: رجاله ثقات. ولأن الرهن ملك للراهن، فكان عليه نفقته.

(٢) فإن كل من لزمته مؤنة شخص في حياته، لا في مقابلة نفع، كانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه، كسائر العبيد والإماء، والأقارب من الأحرار.

(٣) وهذا مذهب الجمهور مالك، والشافعي، وإسحاق وغيرهم، لأنه نوع إنفاق، فكان على الراهن كالطعام، ولأن الرهن ملك الراهن، فكان عليه مسكنه وحافظه، كغير الرهن، وإن أبق فأجرة من يرده عليه، وكذا إن احتيج إلى مداواته، وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي، أو جذاذ ونحوه فعليه، وكذا رعي ماشية ونحوه كعلفها، وكتأبير نخل، وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجبره الحكم.

(٤) وهو قوله "وعليه غرمه" ولقوله «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فحكمه كالوديعة.

(٥) أي الرهن أمانة في يد المرتهن، ولو قبل عقد الرهن، بأن دفع له العين ليرهنها بعد فتلفت، كبعد وفاء الدين أو الإبراء منه.

(٦) أي من المرتهن كأن يستعمله، أو يفعل ما لا يسوغ له فعله في الشرع، لخروجه بذلك عن الائتمان، فصار كالغاصب.." (١)

"أو عند الضرورة إلى وضعه إذا لم يتضرر الحائط، كما تقدم في الصلح (١) (وتضمن العارية المقبوضة إذا تلفت في غير ما استعيرت له (٢) لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٣) رواه الخمسة، وصححه الحاكم (٤).

---

(١) أي أو عند الضرورة إلى وضعه، بأن لا يمكن التسقيف إلا به، إذا لم يتضرر الحائط بوضع الخشب عليه، للخبر، كما تقدم في الصلح مفصلا، قال الموفق وغيره: وإن أعار الأرض للغراس والبناء، وشرط عليه القلع في وقت، أو عند رجوعه ثم رجع، لزمه القلع، لقوله «المسلمون على شروطهم» ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط، وإن لم يشرطه لم يلزمه، إلا أن يضمن له المعير النقص، فإن قلع فعليه تسوية الأرض، وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته، فإن أبى بيعا لهما، فإن أبياه ترك، وللمعير التصرف في أرضه على وجه

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٦٨/٩

لا يضر بالشجر، وللمستعير الدخول للسقي، والإصلاح، وأخذ الثمر، وذكر أنه مثل الزرع في الأجرة، وتقدم.

(٢) سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد، نص عليه، وهو مذهب الشافعي، وذلك مثل ما إذا ماتت الدابة، أو انكسرت، أو احترق الثوب، أو سرق المتاع، ونحو ذلك، لا فيما استعيرت له، فلا يضمن انسحاق الثوب بلبسه، ولا سمن الدابة باستعمالها بمعروف، وحكى الحافظ عن الجمهور ضمانها إذا تلفت في يد المستعير، إلا فيما إذا كان على الوجه المأذون فيه.

(٣) فدل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه، أو من يقوم مقامه، وهو يعم العارية.

(٤) ولأبي داود وغيره من حديث صفوان «بل عارية مضمونة».." [١]

"وإن تلفت هي أو أجزاؤها (١) في انتفاع بمعروف لم تضمن (٢) لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف (٣) وما أذن في إتلافه غير مضمون (٤) (وعليه) أي وعلى المستعير (مؤونة ردها) أي رد العارية (٥) لما تقدم من حديث **«على اليد ما أخذت** حتى تؤديه»(٦).

---

(١) أي التي لا تذهب بالاستعمال.

(٢) أي العارية ولا أجزاؤها، حيث كان الانتفاع بمعروف، وهو ما جرت به العادة، كخمل المنشفة، والقطيفة، وكثوب بلي باللبس.

(٣) أي الحاصل بالاستعمال، وكذا بمرور الزمان.

(٤) كما لا تضمن المنافع، وإن حمل في الثوب ترابا فتلف به ضمنه، لتعديه به، وإن جرح ظهر الدابة بالحمل ضمن، ويقبل قوله بيمينه أنه لم يتعد الاستعمال بالمعروف.

(٥) قولا واحدا، إلى الموضع الذي أخذها منه، إن لم يتفقا على ردها إلى غيره ويبرأ بردها إلى من جرت عادته به على يده، كسائس، وزوجة متصرفة في ماله، وخازن، ووكيل عام في قبض حقوقه.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٥٣/٩

(٦) فدل عمومه على لزوم مؤونة الرد، وكذا قوله «أد الأمانة إلى من ائتمنك» وقال تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } .." [١]

"لأنها اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان، للأثر (١) ويقبل قول الغارم في القيمة (٢) (أو اختلفا في رد، فقول المالك)(٣) لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه، فلم يقبل قوله في الرد (٤) وإن قال: أودعتني. فقال: غصبتني (٥) أو قال: أودعتك. قال: بل أعرتني (٦) صدق المالك بيمينه (٧). وعليه الأجرة بالانتفاع (٨).

باب الغصب (٩)

---

(١) وهو قول صلى الله عليه وسلم «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه».

(٢) لخبر «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم».

(٣) للقاعدة العظيمة المتقدمة، وهي أن كل من أقر بوصول مال إليه، أو ثبت ببينة، ثم ادعى وصوله إلى صاحبه، لم يقبل إلا ببينة.

(٤) إلا ببينة، ومفهومه: أنه لو قبضها لا لحظ نفسه، قبل قوله في الرد، وتقدم أنه لا فرق بين متطوع أو بجعل، وأن هذا القول هو الصحيح، الذي لم يدل على خلافه كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، بل دل على أن القول قول المنكر بيمينه.

(٥) صدق المالك بيمينه، لأن الأصل عدم الإيداع، وحكمها حكم الغصب.

(٦) أو قال: أعرتك. قال: بل أودعتني.

(٧) لما تقدم إن لم يكن بينة.

(٨) أي وعلى قابض العين الأجرة بالانتفاع بالمقبوض، ويرد العين إن كانت باقية، وإلا فقيمتها إن كانت متقومة، أو مثلية فمثلها.

(٩) أي باب ذكر أحكام الغصب، وجناية البهائم، وما في معنى ذلك من الاتلافات.." [٢]

---

[١] حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٥٦/٩

[٢] حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٦٣/٩

"(ويلزم) غاصبا (رد المغصوب) إن كان باقيا، وقدر على رده (١) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه، لا لاعبا ولا جادا (٢) ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود (٣). وإن زاد لزمه رده (بزيادته)(٤) متصلة كانت أو منفصلة (٥).

---

(١) قال الموفق وغيره: أجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان بحاله، لم يتغير، ولم يشتغل بغيره، وقال الوزير: اتفقوا على أنه يجب على الغاصب للمغصوب رد العين، إن كانت عينه، ولم يخف من ردها إتلاف نفس، وأن العروض والحيوان، وكل ما كان غير مكيل، ولا موزون يضمن، إذا غصب، وتلف بقيمته، والمكيل والموزون بمثله إذا وجد مثله.

(٢) فنهى أن يأخذ متاع أخيه المسلم، منفعة كان أو سلعة، مما يتمتع به من الحوائج، لا لاعبا، أي لا في حال اللعب، فلا يجوز له على جهة المزح والهزل، ولا في حال الجد. وفي النهاية: أن يأخذه ولا يريد سرقته، ولكن يريد إدخال الهم والغيظ عليه، فهو لاعب في السرقة، جاد في الأذية.

(٣) ولمسلم «ومن أخذ عصا أخيه فليردها إليه» وليس خاصا بالعصا، بل المراد منه كل شيء، حتى العصا. ولأبي داود «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» ولأنه أزال يد المالك عن ملكه، بغير حق، فلزمته إعادتها، وفي الخبر «من وجد عين ماله فهو أحق به، ويتبع البائع من باعه، وأخذ منه الثمن».

(٤) قولا واحدا، سواء كانت الزيادة بيد الغاصب أو غيره.

(٥) أي سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن، وتعلم صنعه، أو منفصلة، كالولد، من بهيمة، وكالكسب.." (١)

" مسألة : قال والعارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير

كتاب العارية

مسألة : قال : والعارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير

العارية إباحة الإنتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته والعرب تقول إعارة وعاره مثل أطاعه وطاعه والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : { ويمنعون الماعون } روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٩/٣٧١

وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو وأما السنة فما روي [عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال في خطب عام حجة الوداع : العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم] أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب و [روى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه و سلم إستعار منه أدراعا يوم حنين فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة] رواه أبو داود

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا إذا ثبت هذا فإن العارية مندوب إليها وليست واجب في قول أكثر أهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها الحديث قيل يا رسول الله وما حقها ؟ قال : إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها] فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه و سلم بما ذكر في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم [إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك] رواه ابن المنذر وروي عن النبي صلى الله عليه و سلم إنه قال : [ليس في المال حق سوى الزكاة] و [في حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله صلى الله عليه و سلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال : الزكاة فقال : هل علي غيرها ؟ قال : لا إلا أن تطوع شيئا] أو كما قال والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة : إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف ويجب ضمانها إن كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وإليه ذهب عطاء و الشافعي و إسحاق وقال الحسن و النخعي و الشعبي وعمر بن عبد العزيز و الثوري و أبو حنيفة و مالك و الأوزاعي و ابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [ليس على المستعير غير المغل ضمان ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة] قالوا وقول النبي صلى الله عليه و سلم [العارية مؤداة] يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى : { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها }

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم في حديث صفوان : بل عارية مضمونة وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] رواه أبو داود و الترمذي

وقال : حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير إستحقاق ولا إذن في الإتلاف فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان بن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم ." (١)

" فصل : وإن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير

فصل : وإن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة فإن رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذونا فيه من طريق العادة

ولنا أنه يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ قاله القاضي لأن أحمد قال في الوديعة إذا سلمها المودع إلى امرأته لم يضمنها ولأنه مأذون في ذلك عرفا أشبه ما لو أذن فيه لطفا ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [العارية مؤداة] وقوله : [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره لأن ما وجب رده لزم رده إلى موضعه كالمغصوب ." (٢)

" فصل : وإذا اختلف رب الدابة وراكبها

فصل : وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب : هي عارية وقال المالك : بل إكتريتها فإن كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من أن يكون الإختلاف عقيب العقد أو بعد مضي مدة لمثلها أجر فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة إلى مالكها لأنها عارية وكذلك إن ادعى المالك إنها عارية وقال الراكب : بل إكتريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا وإن كان الإختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فادعى المالك الإجارة

---

(١) المغني، ٣٥٤/٥

(٢) المغني، ٣٥٨/٥

فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لأنهما إتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضا لها والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله ولنا أنهما اختلفا في كيفية إنتقال المنافع إلى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو إختلفا في عين فقال المالك : يعتكها وقال الآخر : وهبتنيها ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها ولو إختلفا في الأعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكروه يبطل بهذه المسألة ولأنهما إتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الإنتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الأجر وفي قدره وجهان أحدهما : أجر المثل لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الإختلاف في أصله أولى والثاني : المسمى لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل وإن كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لأن ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وإن ادعى المالك في هذه الصورة إنها عارية وادعى الراكب أنها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته وإن اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قيل مضى مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الإجارة أو الإعارة لأنه إن ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل إقراره على نفسه وإن ادعى الإعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لأنهما اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه و سلم [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] فإذا حلف المالك إستحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والأصل عدمها وإن اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر وتلف البهيمة وكان الأجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الإجارة أو الإعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين لأنه يدعي شيئا لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وإن كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر إستحقاق الأجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء

أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا ." (١)

"كتاب الغصب

الغصب هو الإستيلاء على مال غيره بغير حق وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } وقوله تعالى : { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون } وقوله تعالى : { والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا } والسرقة نوع من الغصب وأما السنة فروى جابر [أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : في خطبته يوم النحر إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا] رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : [من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين] متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [لا يحل مال أمرئ مسلم إلا بطيب نفس منه] رواه أبو إسحاق الجوزجاني وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه إذا ثبت هذا فمن غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه لقول النبي صلى الله عليه و سلم [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده فإن تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى : { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى والقيمة مماثلة من طريق الظن والإجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسماع والقياس طريقة الظن والإجتهاد وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة [عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه و سلم فأخذني الأكل فكسرت الإناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : إناء مثل الإناء وطعام مثل

---

(١) المغني، ٣٧١/٥

الطعام] رواه أبو داود و [عن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه و سلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه و سلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته] رواه أبو داود مطولا ورواه الترمذي نحوه وقال : حديث حسن صحيح ولأن النبي صلى الله عليه و سلم إستسلف بعيرا ورد مثله

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى وإما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك ." (١)

" مسألة : قال وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشترك

مسألة : قال : وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار ورجع بذلك كله على الغاصب

وجملة ذلك أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعه فاسد لأنه يبيع مال غيره بغير إذنه وفيه رواية أخرى إنه يصح ويقف على إجازة وقد ذكرنا ذلك في البيع وفيه رواية ثالثة إن البيع يصح وينفذ لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري لأن المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الأولى والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لأن الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي صلى الله عليه و سلم : [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضا فيدخل في عموم الخبر ولأن مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك إنخلاق الولد رقيقا ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الأصحاب وقد نقل ابن منصور عن أحمد : أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلوق أحرارا ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال

---

(١) المغني، ٣٧٤/٥

: أحسبه قولا لأبي عبد الله أول والذي أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضا وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة و الشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجب يوم المطالبة لأ ولد المغصوبة لا يضمنه عند إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا فيقوم يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقي ههنا : أن يفديهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والأنوثية وقد نص عليه أحمد وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد في رواية ثالثة : أنه يفديهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة و الشافعي وهو أصح إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولأنه أو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع وقول الخرقي رجع بذلك كله على الغاصب يعني بالمهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها لأنها ملك المغصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها وإن اغتصبها بكرا فعليه أرش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها وإن تلفت في يده فعليه قيمتها وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما لأن يد الغاصب سبب يد المشتري وما وجب على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الغاصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تغرير وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب : لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها لأنه دخل مع البائع على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه لم يرجع به وضرب يرجع به وهو بدل الولد إذا ولدت منه لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا عليه ولم يحصل من جهته إتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة وضرب : اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان إحداهما : يرجع به وهو قول الخرقي لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فإذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي

والثانية : لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وإن رجع بذلك كله على الغاصب فكل ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فإنها مضمونة على الواطيء لأن التلف بسبب من جهته ." (١)

" مسألة : قال وإذا كان للمغصوب أجره فعلى الغاصب رده

مسألة : قال : وإذا كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه

هذه المسألة تشتمل على حكمين أحدهما : وجوب رد المغصوب والثاني : رد أجرته : أما الأول فإن المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم [**على اليد ما أخذت** حتى ترده] رواه أبو داود و ابن ماجه و الترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها] رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه إعادتها وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره فإن غصب شيئا فبعده لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع وإن قال المالك : دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقا فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن لأنه معاوضة وإن قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ." (٢)

" مسألة وفصول : حكم تلف العين في حرز الأجير المشترك - وحكم ضمانها

---

(١) المغني، ٥/٤٠٩

(٢) المغني، ٥/٤٢٣

مسألة : قال : وإن تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها :

اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طاوس و عطاء و أبو حنيفة و زفر وقول الشافعي وروي عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وإن كان غرقا أو عدوا غالبا فلا ضمان قال أحمد رحمة الله عليه في رواية أبي طالب إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف والصحيح في المذهب الأول وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب وقال مالك و ابن أبي ليلى : يضمن بكل حال لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه] ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها إذا ثبت هذا فإنه لا أجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

فصل : وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف ضمنه لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

فصل : إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لأنه فوته على مالكه قال أحمد : يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجودا وإن هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان إحداهما : يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم والثانية : لا يضمنه لأنه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض

فصل : والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ولا نعلم في هذا خلافا وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمة ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ إليه في رواية ابن منصور فقيل له : إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الإجارة والوديعة ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه وهذا قول بعض الشافعية وقال بعضهم : يضمن لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فإنها مضمونة في كل حال بخلاف مسألتنا ولأنه يجب ردها وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

فصل : فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد : فيما إذا شرط ضمان العين : الكراء والضمان مكروه وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال : لا يصلح الكراء بالضمان وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان إلا أنه من شرط على كري أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه و سلم : [المسلمون على شروطهم] فأما إن أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزا فحمل اثنين

فصل : وإن كانت الإجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لأنه عقد لا يقتضي الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده

فصل : وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة وقد صح أن النبي صلى الله عليه و سلم نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب قال الأثرم : سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهذا في الدابة قال مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أبو يوسف ومحمد وقال الثوري و أبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لأنه متعد وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلام مستغنى عنه وإن أسرف في هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لأنه متعد حصل التلف بعدوانه ." (١)

"ونقل ابن منصور فيمن قبض سلعة على سوم ولم يسم الثمن فهلكت فهو ضامن للقيمة **على اليد ما أخذت** حتى تؤدى فقد نص على أنها من ضمان المساوم، فإن قلنا: إنه غير مضمون فوجهه أنه قبض بإذن مالكه لا على وجه العوض والمنفعة فلم يكن مضمونا عليه، دليله الوديعة. وقولنا: بإذن مالكه احتراز من الغصب. وقولنا: لا على وجه العوض احتراز من المبيع إذا قبضه المبتاع أنه مضمون عليه بالثمن وكذلك

---

(١) المغني، ١٢٨/٦

منافع الدار إذا قبضها هي مضمونة عليه لأنه على وجه العوض قبضه، وها هنا لا يقابل هذا القبض عوض، وإنما يحصل العوض في الثاني في مقابلة عقد البيع، وقولنا: لا على وجه المنفعة بها يعني لا يجوز له الانتفاع بها حال المساومة احترازا من العارية فإنها مضمونة لأنه قبض على وجه الانتفاع بها، وإذا قلنا: إنه مضمون، وهو أصح فوجهه أنه قبضه لينفرد بمنفعته لنفسه فكان مضمونا عليه كالعارية والغصب، وقولنا: لينفرد بمنفعته نريد به أنه ينظر ويتفكر هل المنفعة في شرائه وحصول الخط له أم لا؟ ولسنا نريد بالمنفعة أنه ينتفع بنفس العين المقبوضة، لأن ذلك لا يجوز بلا خلاف.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٣٣٢

بطلان الصرف إذا بان عيب في أحد البدلين:

٣٣ . مسألة: واختلفت إذ وجد أحد المتصارفين عيبا بعد التفرق وكان العيب من جنسه فهل له البدل؟، وعلى روايتين: إحداهما: له البدل نص عليه في رواية أبي الحارث ومحمد بن يحيى الكحال.

(وهو اختيار الخرقي وأبي بكر الخلال ذكره في كتاب الخلاف) فعلى هذه الرواية إذا أبدل فالعقد صحيح في الجميع، لأن البدل قائم مقام المبدل والقبض قد حصل في المبدل والرواية الثانية: ليس له البدل نص عليه في رواية حنبل، فعلى هذا يبطل العقد في قدر المردود، نص عليه في رواية بكر بن محمد، لأن القبض لم يحصل في البدل حال التفرق فلهذا بطل العقد فيه.

___." (١)

"ونقل أبو طالب : إن كان هلاكه بما لا يستطاع الامتناع منه فلا ضمان عليه، وإن كان مما يستطاع ضمن.

ونقل مهنا عنه فيمن دفع إلى القصار ثوبا يقصره ثم ذهب الثوب مقصورا: فعليه قيمة الثوب خاما، فظاهر هذا أنه يضمن سواء كان هلاكه بما يستطاع أو بما لا يستطاع لعموم قول . النبي صلى الله عليه وسلم . **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي .

ولأنه لو تلف في يده بفعل من جهته من غير تعد لزمه الضمان فكان ذلك القبض مضمونا عليه كالمقبوض على وجه السوم.

والأولى أصح، وهو اختيار الخرقي . رحمه الله . ووجهها أنه قبضه على وجه الإجارة فأشبه الأجير الخاص،

---

(١) المسائل الفقهية، ١٧٨/١

ولأنه قبض الشيء لمنفعته ومنفعة غيره أشبه المضارب، والعامل في المساقاة، ولأنه لو كان مضمونا عليه لما انتلف هلاكه في يده بما لا يستطاع الامتناع به، وما يستطاع كسائر المغصوبات، فلما اتفقنا على أنه لو هلك الشيء في يد الأجير بما لا يستطاع الامتناع منه (كالحريق واللصوص لم يضمن كذلك إذا هلك بما يستطاع الامتناع منه) كالأجير الخاص والمودع.

ووجه الرواية الثانية: أن القياس يقتضي نفي الضمان لما ذكرنا لكن تركناه لأن غالب أحوال الصناع أنهم خونة، فإذا كان الهلاك بأمر ظاهر وادعوا ذلك، فالظاهر معهم كالبنية، وإذا لم يكن بأمر ظاهر لحقتهم التهمة، فلم يصدقوا ولأن عليا ضمن الصناع، وهو محمول على ما ذكرنا.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٤٢٨

إجارة المسلم نفسه من الذمي ليخدمه:

٨ . مسألة: في إجارة المسلم نفسه من ذمي ليخدمه.

فنقل أحمد بن سعيد: لا بأس أن يؤاجر نفسه من الذمي فظاهر هذا الجواز.

___." (١)

"وعنه يضمن مطلقا ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاغ ولا طبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد بائعه قبل تسليمه وظاهره مطلقا سواء كان في بيت المستأجر أو غيره بناء كان أو غيره و في المحرر إلا ما عمله في بيت ربه وعنه إن كان بناء وعنه ومنقول عمله في بيت ربه وفي الفنون له الأجرة مطلقا لأن وضعه النفع فيما عينه له كالتسليم إليه كدفعه إلى البائع غرارة وقال ضع الطعام فيها فكاله فيها كان ذلك قبضا لأنها كيده (وعنه يضمن مطلقا) لقوله عليه السلام **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير قال صاحب التلخيص ومحل الروايات إذا لم تكن يد المالك عليها فإن كانت فلا ضمان بحال

فرع إذا استعمل مشترك خاصا صح ولكل منهما حكم نفسه (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاغ) وهو البيطار (ولا طبيب) خاصا كان كل منهم أو مشتركا (إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم) لأنه فعل فعلا مباحا فلم يضمن سرايته كحد لأنه يمكن أن يقال أقطع قطعا لا يسري بخلاف دق

---

(١) المسائل الفقهية، ١/٢٦٠

دقا لا يخرقه واقتضى ذلك أنهم إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنون لأنه لا تحل لهم مباشرة القطع فإذا قطع فقد فعل محرما فيضمن سرايته بدليل قوله عليه السلام من تطبب بغير علم فهو ضامن رواه أبو داود فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة أو تجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها أو بآلة كالة يكثر ألمها وجبت لأن الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ وكما لو قطعه

١-

(١) ".

"والعارية مضمونة بقيمتها يوم تلفها .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) المالك أشبه المستأجر فعلى هذا إن أعاره للغرس أو البناء فله أن يزرع ما شاء ولا عكس وإن أذن له في زرع مرة لم يملك أخرى وله استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله لأنه نائب عنه (والعارية) المقبوضة (مضمونة) نص عليه روي عن ابن عباس وأبي هريرة لما روى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الخمسة وصحح الحاكم إسناده وعن صفوان أنه عليه السلام استعار منه يوم حنين أدراعا فقال أغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة رواه أحمد وأبو داود ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف فكان مضمونا كالغصب وقاسه في المغني والشرح على المقبوض على وجه السوم قال في الفروع فدل على رواية مخرجة وهو متجه وذكر الحارثي لا يضمن وذكره الشيخ تقي الدين عن بعض أصحابنا واختاره صاحب الهدى فيه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال ليس على المستعير ضمان ولأنه ملكها بإذن مالكها فكانت أمانة ورد بأنه يرويه عمرو بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان وهما ضعيفان قاله الدارقطني مع أنه يحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجرة وعلى المذهب لا فرق بين أن يتعدى فيها أولا ويستثنى منه ما إذا تلفت في يد مستعير من مستأجرها أو يكون المعار وقفا ككتب العلم ونحوها فلا يضمن فيهما إذا لم يفرط (بقيمتها) لأنها بدل عنها في الإتلاف فوجب عند تلفها كالإتلاف وإذا قلنا بضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع فإنه

---

(١) المبدع، ٥/١١٠

يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها أكثر وإن كانت مثلية ضمنها بمثلها (يوم تلفها) لأنه حينئذ يتحقق فوات العارية فوجب إعتبار الضمان به

١-

". (١)

"وليس للمستعير أن يعير فإن فعل فتلف عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الثاني وعلى المستعير مؤنة رد العارية .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) لم يدخل فيها ولا فائدة للمستعير فيه وكذا تجري في ولد مؤجرة ووديعة ويصدق المستعير في عدم التعدي حيث لا بينة

(وليس للمستعير أن يعير) لأنها إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام قاله في المغني والشرح وليس بظاهر على القول بأنها هبة منفعة بل الانتفاع بها مستفاد بالإذن لا بطريق المعاوضة وهو يختلف وقيل له ذلك لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كإيجار المستأجر قال في الشرح وحكاه صاحب المحرر قولا لأحمد قال ويحتمل أن يكون مذهبا لأحمد في العارية المؤقتة بناء على أنه أعاره أرضه سنة ليبني فيها لم يحل له الرجوع قبل السنة لأنه قدر المنفعة كالمستأجر وأطلق في الفروع الخلاف أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة ويتوجه عليهما تعليقها بشرط وفي المنتخب يصح قال في الترغيب يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل (فإن فعل) فلمالكها الرجوع بأجرة مثلها على من شاء منهما لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فإن ضمن الأول رجع على الثاني لأن الاستيفاء حصل منه وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن لا يعلم بالحال (فتلف عند الثاني فلمالك تضمين أيهما شاء) لتعدي كل منهما (ويستقر الضمان على الثاني) إذا كان عالما بالحال لأن التلف حصل في يده وإلا ضمن العين دون المنفعة ويستقر ضمان المنفعة على الأول (وعلى المستعير مؤنة رد العارية) لما تقدم من قوله **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من يجب عليه الرد ومؤنة

---

(١) المبدع، ٥/١٤٤

١-

." (١)

"أقر المالك للمتصرف بملك المنافع فلا يقبل قوله في دعوى العوض وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والأصل أنها للمالك

فصل في اختلاف المالك والراكب في الإعارة أو الإجارة وإن اختلفا فقال المالك أعرتكها وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا أن الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد فكان القول قول المالك

فإن كانت العين باقية حلف وأخذ وإن كانت تالفة نظرت فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي القيمة والراكب يقر له بالأجرة فيحلف ويستحق القيمة وإن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف

وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ففيه وجهان أحدهما يستحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه

والثاني لا يستحق من غير يمين لانه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين

فصل في اختلاف المالك والراكب في الغصب أو الإجارة وإن اختلفا فقال المالك غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب بل أجرتنيها فلا يلزمني ضمانها ولا أجرة مثلها فالقول قول المالك (مع يمينه) لان الأصل أنه ما أجره

فإن اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق القيمة وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا فإن المالك يدعي أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه

والله أعلم

(١) المبدع، ١٤٦/٥

كتاب الغصب الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا

وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه

فصل في ضمان المغصوب ومن غصب مال غيره وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى ترده   فصل في ضمان أجرة منفعة المغصوب فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة لانه يطلب بدلها بعقد المغابنة فضمن بالغصب كالأعيان

فصل في رد المغصوب إن كان باقيا فإن كان المغصوب باقيا لزمه رده لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته

وقال أبو ثور من أصحابنا يضمن كما يضمن زيادة العين وهذا خطأ لان الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب لانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء

فصل في ضمان المغصوب إذا تلف ولا مثل له   وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له فإن لم يكن له مثل نظرت فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد

---

(١) ".

"ويضمنها ايضا اذا استعملها بعد رجوع المعير بالاعارة وطلبه رد العين المستعارة ، حتى ولو استعملها فيما هو مألوف في استعمالها، او ما اذن له المعير سابقا باستعمالها فيه، لأنه استعمال غير مأذون فيه، وكذلك الحال لو كانت العارية مؤقتة واستعملها بعد انتهاء المدة.

---

(١) المهذب، ٣٦٧/١

شرط الضمان فيما لا ضمان فيه، وعدم الضمان فيما فيه الضمان: علمنا أنه لا ضمان فيما تلف او نقص من عين العارية بالاستعمال المأذون فيه، وكذلك تضمن العارية اذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه مطلقا، فلو شرط في العقد خلاف هذا كان الشرط لاغيا لا يلزم الوفاء به، ويبقى عقد العارية صحيحا كما لو يشرط فيه هذا الشرط، وقيل: تفسد الإعارة أيضا.

نفقة المستعار ومؤونة رده:

إذا كان للمستعار نفقة –كما لو كان دابة فتحتاج الى علف ، او مسكنا فيحتاج الى ترميم – فهذه النفقة على مالك العين، سواء أكان المعير هو المالك للعين أم المستأجِر لها، لأن النفقة تبع للملك، والإعارة تبرع بالمنفعة من مالكها لينتفع بها المستعير، فلا يجب عليه في مقابلها شئ.

فإذا انتهت الاعارة او فسخت، ووجب على المستعير رد العين المستعارة الى المعير، وكان لردها عليه مؤونة ونفقة، كأجرة دابة او سيارة نقل مثلا، كان ذلك على المستعير، لأن الرد واجب عليه، إذ انه قبض العين لمنفعة نفسه، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والرد الواجب عليه لا يتم الا بالنفقة ، فهي واجبة عليه.

وقد دل على هذا قوله صلى الله عليه وسلم : "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه".

وجاء في رواية من حديث صفوان بن امية رضى الله عنه: انه صلى الله عليه وسلم قال له: "عارية مؤداة". (الترمذي: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، ابو داود: البيوع، باب: ما جاء ان العارية مؤداة. ابن ماجة: الصدقات ، باب : العارية).." (١)

"وذلك برد المغصوب – إذا كان عنيا – ما دام قائما، لأن الغصب معصة كما علمنا والخروج عن المعصية واجب فوري قدر الإمكان.

ودليل ذلك : قوله صلى الله عليه وسلم : "لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه" (أخرجه الترمذي في الفتن، باب: ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما، رقم: ٢١٦١. و أبو داود في الأدب: باب: من يأخذ الشئ على المزاح، رقم: ٥٠٠٣).

وترد العين المغصوبة إلى مكان غصبها ، وكلفة الرد ونفقته إنما كون على الغاصب ، لأن الرد واجب عليه، وإذا كان لا يتم إلا بالنفقة كانت النفقة واجبة، إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، كما هو معلوم.

وإنما يحصل الرد في العين المغصوبة بوضعها بين يدي من غصبت منه، بحيث يتمكن من أخذها وإثبات

---

(١) الفقه المنهجي، ٣٢/٧

يده عليها، ويخرج عن الغصب في الحقوق الأخرى بتمكين صاحب الحق مما غصب منه، وإزالة الموانع من إثبات يده عليه والاستفادة منه.

وإذا حصل الرد للمغصوب خرج الغاصب من حكم الغصب وبرئ من الضمان.

ضمان المغصوب إذا تلف في يد الغاصب:

إذا تلف المغصوب في يد الغاصب ضمنه ، سواء أتلفه هو أم تلف بنفسه أو بآفة سماوية أو غير ذلك ، لأنه متعد في إثبات يده عليه، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" .

وهذا صريح في أنه مسؤول عن أداء ما أثبت يده عليه ورده، فإذا عجز عن رده لهلاكه كان ضامنا له ،وعليه أن يرد بدله من مثل أو قيمة.

كيفية ضمان المغصوب:

إذا تلف المغصوب في يد الغاصب كان عليه أن يرد بدلا عنه ما هو أقرب إليه وأشبه به:

فإن كان مثليا وجب عليه رد المثل، لقوله تعالى: "وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (النحل : ١٢٦) أي بمثل ما وقع عليكم من الفعل الذي يستحق العقاب.." (١)

"ضمان السارق المال المسروق :

... إذا ثبتت السرقة وقطعت يد السارق، وجب عليه أيضا أن يرد ما سرق إن كان المسروق لا يزال موجودا، فإن كان قد تلف ضمنه.

... ودليل ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه". (أخرجه أبو داود [٣٥٦١] في البيوع، باب: في تضمين العارية، والترمذي [١٢٦٦] في البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، عن سمرة بن جندب رضي الله عنه).

القطع حق الله تعالى:

... إذا ثبتت السرقة ورفع الأمر إلى القاضي وجب تنفيذ العقوبة ولا يجوز التوسط في إسقاط الحد، ودليه ما سبق من حديث المخزومية التي سرقت، أما إذا لم يصل الأمر إلى القاضي فيجوز إسقاطه والتوسط في إسقاطه ففي الحديث: بينما صفوان بن أمية مضطجع بالبطحاء إذ جاء إنسان فأخذ بردة من تحت رأسه، فأتي به النبي – صلى الله عليه وسلم – فأمر بقطعه فقال: إني أعفو وأتجاوز، فقال: هلا قبل أن تأتيني به

---

(١) الفقه المنهجي، ١٦١/٧

؟.

(سنن النسائي [٦٨/٨] كتاب قطع السارق، باب: الرجل يتجاوز للسارق؛ مسند أحمد [٤٠١/٣]، عن صفوان بن أمية رضي الله عنه).

الرد على خصوم الإسلام في تقولهم عن مشروعية الحدود :

... لا شك أنك تسمع من خصوم الإسلام وأعداء تشريعه، عبارات تنبىء عن الاشمئزاز من أن تكون عقوبة السارق قطعا لليد، وعقوبة الزاني المحصن الرجم.

وإن لنا كلمة ينبغي أن تستوعبها في الرد على هؤلاء في ذلك .

... أولا : إن سبب اشمئزاز خصوم الإسلام وأعدائه من عقوبة القطع والرجم؛ هو كونهم خصوما للإسلام قبل كل شيء، فلا يريدون أن يحكموا عقولهم في حقيقة هذه الحدود، وأسبابها وأهدافها ونتائجها، ودوافعها وشروطها، إذ إن من المعلوم بداهة أن الخصم حينما يمارس خصومته ؛ إنما ينطلق من دافع أنه خصم، قبل أن ينظر فيما يقتضيه المنطق والحق والتفكير السليم، وإلا لم يكن اسمه خصما.." (١)

"= كتاب الغصب =

الغصب عدوان محض لقوله صلى الله عليه وسلم من غضي شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة

وهو سبب للضمان لقوله عليه الصلاة و السلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد

والنظر في الكتاب يحصره بابان

". (٢)

"قال (أما أحكامها فأربعة (الاول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف.

وقيل باقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف كالغصب.

وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون.

والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف.

---

(١) الفقه المنهجي، ٦٨/٨

(٢) الوسيط، ٣٨١/٣

والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان إذا تلف تحت يده.

ولو طولب بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف في قرار ضمانه على المعير.

وما تلف باستيفائه فقولان لانه مغرور فيه).

من أحكام العارية الضمان والكلام في ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) (١) وأيضا فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما) ضمان العين فانها إذا تلفت في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أو بغفلة بتقصير أو من غير تقصير وبه قال أحمد." (١)

"أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) (١) وعن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة) (٢) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم المغصوب إما أن يتلف قبل العود إلى يد المالك أولا يتلف وحينئذ فاما أن يعود إلى المالك من غير تغيير فيه واما ان يتغير بطارئ فخص المصنف كلام الكتاب في بابين (أحدهما) في الضمان عند التلف (والثانى) في الطوارئ وأحكمهما (أما الأول) فالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان وما يجب ضمانة وما يوجب ضمانا فهذه ثلاثة أركان (الاول) الموجب والغصب وان كان موجبا." (٢)

"

قال بل عارية مؤداة . فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها قالوا : ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب ألا يضمنوا المستعير قياسا على تلف الأجزاء قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاءه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طردا ، والغصوب عكسا . ودليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ففيه دليلان : أحدهما : أنه جعل عليها ما أخذت وهذا تضمين . والثاني : أنه واجب الأداء وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين . وروى شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – استعار منه درعا يوم حنين فقال أغصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ١١/٢١٧

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ١١/٢٤٠

جهله به فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين قيل إطلاق القو,ل يتناول ضمان الأعيان ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان على أنه قد روي عنه – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : عارية مضمونة مؤداة فكان الأداء محمولا على الرد ، والضمان على التلف . وروى خالد عن حميد عن أنس – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين – رضي الله عنها – بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي – صلى الله عليه وسلم – قصعتها التي في بيتها ودفعها بدلا من القصعة المكسورة فلولا أن ضمان العارية واجب لما استجاز أن يدفع مالها بدلا . ثم الدليل من طريق المعنى أنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه فوجب أن يكون من ضمان من تعجل الانتفاع به كالإجارة ، والوديعة ؛ لأن تعجيل النفع المودع ، والمؤجر لما يتعجله من استحقاق الأجرة وفي العارية للمستعير ؛ ولأنه مضمون الرد فوجب أن يكون مضمون العين كالغصب ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامنا ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ؛ لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب ، والمستعير إذا غرم لم يرجع على الغاصب وكذلك إذا كان مقبوضا من المالك ويتحرر من اعتلاله قياسان :

." (١)

"

ذلك رافعا لحكم ما تقدم قالوا ولأن الحكم إذا ثبت لعلة وجب أن يرتفع بزوالها كالخمر يحرم بحدوث الشدة المطربة ، ثم يرتفع تحريمها بارتفاع الشدة المطربة فلما كان التعدي موجبا للضمان وجب أن يكون زوالها بالتعدي موجبا لسقوط الضمان قالوا ولأنه قد يضمن الوديعة بالتعدي كما يضمن المحرم الصيد بالإمساك فلما سقط ضمان الصيد بالإرسال لزوال موجبه وجب أن يسقط ضمان الوديعة بترك التعدي لزوال موجبه . قالوا : ولأن هذا مبني على أصلين ينتقل الكلام إليهما عند النزاع أحدهما أن يد المودع كيد المودع بدليل أن الغاصب إذا أودع المغصوب فتلف في يد المودع ثم أغرم القيمة رجع بها على الغاصب وإن كان تلفها في غير يده . لأن يد المودع كيده فوجب أن يكون عود الوديعة بعد التعدي إلى حرز المودع كعودها إلى حرز المودع في سقوط الضمان . والأصل الثاني أن الأمر بالشيء لا يقتضي التعدي فيه زوال الأمر به

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١١٩/٧

بدليل أن الوكيل في بيع عبد ، أو جارية لو شج ، أو زنا بالجارية لم ينعزل عن الوكالة وجاز بيعه بعد التعدي لجوازه من قبل فاقتضى أن يكون إحراز الوديعة بعد التعدي كإحرازها قبل . والدليل على بقاء الضمان رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ، فاقتضى أن يكون الأداء على عمومه مستحقا ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة وبالجحود أخرى ، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف أن لا يسقط عنه الضمان . وتحريره قياسا : أن ما أوجب ضمان الوديعة لم يسقط بزواله كالجحود ولأنه لو ضمنها بالمنع لم يسقط عنه الضمان بالكف ؛ لأنه بالمنع غير متصرف وبالتعدي متصرف ويتحرر من القياس الأول من طريق الأولى . ولأن الأموال قد تضمن بالتعدي مع الإيداع كما تضمن بالتعدي من غير إيداع ثم ثبت من أخذ مال رجل من حرزه بغصب ، أو سرقة فضمن لم يسقط عنه الضمان برده إلى حرزه فوجب إذا ضمن الوديعة بإخراجها من الحرز أن لا يسقط عنه الضمان بردها إلى الحرز . وتحريره قياسا : أنه مال وجب ضمانه بهتك الحرز فوجب أن لا يسقط ضمانه بعوده إلى الحرز كالمغصوب ، والمسروق ولأن الأصول مقررة على أن يد الإنسان تبرئه من ضمان تعلق بذمتها ألا تراه لو كان عليه طعام من سلم فأمره المالك بأن يقبضه له من نفسه لم يجز ؛ لأنه يصير مبرئا لنفسه بنفسه . كذلك ضمان الوديعة قد وجب عليه لغيره فلم يسقط عنه بكفه لما فيه من إبراء نفسه بنفسه . فأما الجواب عن قوله : الندم توبة فهو أن التوبة تختص برفع الآثام دون الأحكام .

". (١)

"

ماله حصل التعدي عليه دون ماله فلم يصر المال مغصوبا وخالف حال التصرف فيه مع اشتهار القول عرفا أن فلانا غصب دارا ، أو أرضا . وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها معتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقا يقطع وخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال ألا ترى أنه لا يقال سرق دارا ويقال غصب دارا .

فصل أحوال المغصوب

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٢٥/٧

فصل : فإذا تقرر ما بينا من صفة الغصب فللمغصوب ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون باقيا . والثاني : أن يكون تالفا . والثالث : أن يكون ناقصا . فإن كان باقيا بحاله ارتجعه المالك المغصوب منه فإن ضعف عن ارتجاعه ، فعلى ولي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب ، وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام ، والدراهم ، والدنانير فقد برئ بعد رده من حكم الغصب وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا ؛ لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب ، والآلات فعليه مع رد العين أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة وعليه مؤنة الرد إن كان لرده مؤنة .

فصل : وأما الحال الثانية : وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه سواء تلف بفعله ، أو غير فعله ، إذا كان لقوله : يكون **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه . ثم هو على ضربين : أحدهما : أن يكون له مثل المغصوب كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب ، والأدهان ، والدراهم ، والدنانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا ؛ لأن مثل الشيء أخص به بدلا من القيمة ؛ لأنه مثل في الشرع ، واللغة ، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة فإن طلب أحدهم القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب ، أو المغصوب منه ؛ لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب . والضرب الثاني : ألا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب ، والعبيد فعليه قيمته في أكثر أحواله قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف وبه قال جمهور الفقهاء وقال عبد الله بن حسن العنبري وأحمد بن حنبل عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية فليت العامري عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة – رضي الله عنها – قالت ما رأيت صانعا طعاما مثل صفية صنعت لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – طعاما فبعثت به فأخذني أفكل فكسرت الإناء فقلت : يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إناء مثل إناء وطعام مثل طعام . وما روي عن عثمان بن عفان – رضي الله عنه – أتاه رجل فقال يا أمير المؤمنين إن بني
". (١)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣٦/٧

"

فصل : فإذا ثبت وجوب المهر على المستكره واختلفا ، فادعت الموطوءة الاستكراه وادعى الواطئ المطاوعة ضمان ذلك ففيه قولان : أحدهما : أن القول قول الواطئ مع يمينه ، ولا مهر عليه اعتبارا ببراءة ذمته . والقول الثاني : أن القول قول الموطوءة مع يمينها ولها المهر ؛ لأنه متلف ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوليه إذا اختلف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها والله أعلم .

مسألة : قال الشافعي – رحمه الله – : " في السرقة حكمها ، وحق الله وحق الآدميين فيها حكمان : أحدهما : لله عز وجل ، والآخر للآدميين فإذا قطع لله تعالى أخذ منه ما سرق للآدميين فإن لم يؤخذ فقيمته ؛ لأني لم أجد أحدا ضمن مالا بعينه بغصب ، أو عدوان فيفوت إلا ضمن قيمته ، ولا أجد في ذلك موسرا مخالفا لمعسر وفي المغتصبة حكمان : أحدهما : لله ، والآخر للمغتصبة بالمسيس الذي العوض منه المهر فأثبت ذلك والحد على المغتصب ، كما أثبت الحد والغرم على السارق " . قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا سرق سارق نصابا محرزا فإن كان المسروق باقيا استرد ، وقطع إجماعا ، وإن كان تالفا فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب : أحدها : وهو مذهب الشافعي – رضي الله عنه – . أن يغرم ويقطع موسرا كان أو معسرا . والمذهب الثاني : وهو مذهب أبي حنيفة أنه يقطع ، ولا يغرم موسرا كان أو معسرا ، إلا أن يعفو المسروق منه عن القطع فيغرم ، ولا يجمع بين القطع والغرم . والثالث : وهو مذهب مالك ، أنه إن كان موسرا قطع وأغرم وإن كان معسرا قطع ، ولم يغرم واستدلوا على سقوط الغرم بقوله تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا [المائدة : ٣١] . فجعل جزاء كسبهما القطع دون الغرم . وبرواية المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : إذا قطعت يد السارق فلا غرم عليه ولأن أخذ القيمة من السارق يجعلها ملكا له ، والإنسان لا يقطع في ملكه . ولأن القطع ، والغرم عقوبتان ، ولا تجتمع عقوبتان حدا في ذنب واحد ودليلنا قوله – صلى الله عليه وسلم – **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ، فجعل الأداء غاية الحكم ولأنه متعد بالمنع إلى وقت التلف مع اعتقاد وجوب الرد فوجب أن يلزمه الغرم كالغاصب . وقولنا مع اعتقاد

وجوب الرد احترازا من الحربي ، ولا يدخل عليه العبد إذا سرق من سيده ؛ لأن الغرم وجب بالتلف ثم
". (١)

"

وفي أخذ القيمة منه فيه تيسير قد أمر به وفي هدم بنائه تعسير قد نهي عنه . قالوا ولأنه مغصوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان قالوا ولأنه مغصوب لا يمكنه رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب . ودليلنا قوله – صلى الله عليه وسلم – : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي . فلزمها رد اللوح لأخذه . وروى عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ، وهذا خبر ظاهر كالنص . وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : إن لصاحب الحق يدا ومقالا ولأن كل مغصوب جاز رده وجب عليه رده كالذي لم يبن عليه طردا ، والخيط في جرح الحيوان عكسا ولأنه شغل المغصوب بما لا حرمة له فوجب أن يلزمه أرضه كما لو كانت أرضا فزرعها ، أو غرسها . ولأن كل ما لو احتاج ابتدأ إليه لم يجبر مالكه عليه وجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالأرض طردا ، والخيط لجرح الحيوان عكسا ، ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصوب كما لو حلف بعتق عبده ألا يرد المغصوب فأما الجواب عن قوله – صلى الله عليه وسلم – : لا ضرر ، ولا ضرار فهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن في منع المالك منه إضرار به فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمره ورفعه عن الغاصب وأما الجواب عن قوله – صلى الله عليه وسلم – : يسروا ، ولا تعسروا فمن وجهين : أحدهما : أنه يستعمل في المغصوب منه في تيسير أمره برد ماله فيكون أولى من استعماله في الغاصب في تمليك غير مالكه . والثاني : أن التيسير في غير العصاة . والغاصب عاص لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية . وأما الجواب عن قياسهم على الخيط في جرح الحيوان فمن وجهين : أحدهما : معارضة الأصل بأن المعنى في الخيط أنه ليس له رده فلم يجب عليه رده وفي اللوح له رده . والثاني : المعاوضة في الأصل بأن المعنى في الخيط أنه لو احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه فلم يجبر على رده إليه وليس كذلك في الفرع ، وهذا إن سلموا من دخول النقص عليهم بالأرض إذا بنى فيها بأن

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦٥/٧

قالوا : ليست الأرض عندنا مغصوبة . وأما الجواب عن قياسهم إذا كان فيها مال لغير الغاصب فهو أن استرجاع اللوح واجب وإنما يستحق لحفظ المال للغير بالصبر حتى تصل السفينة إلى الشط .

فصل : فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلا ، أو كثيرا وسواء كانت قيمة اللوح قليلة ، أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم
(١) ".
"

[النساء : ٢٩] فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك . وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي . فجعل الأداء غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه ، ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادرا على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه ، فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه . ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن كل ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه ؛ قياسا عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد ، أو كانت من نقد البلد فلم تقبض . والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد ، لم يملك بالقيمة من نقد البلد ؛ قياسا على المكتوم ؛ ولأن تملك الشيء عن رضى مالكه أشبه بالصحة من تملكه بكره مالكه ، ثم ثبت أنهما لو تبايعا الآبق عن تراض لم يملكه ، فأولى إذا صار إلى قيمته مع الإكراه أن لا يملك . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنها معاوضة من غير مقدور عليه فوجب أن لا يملك كالبيع . والثاني : أن ما لم يملك بثمن المراضاة فأولى أن لا يملك بقيمة الإكراه ، كأم الولد إذا وجدها الغاصب بعد دفع القيمة ؛ لأن حكم الحاكم أبلغ في صحة التمليك ما لم ينفذ فيه حكم الحاكم ، فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها وإحلاف الغاصب عليها لا يوجب تمليك المغصوب ، فأولى إذا تجردت لتصادقهما عليها من حكم حاكم ، أن لا يوجب تملك المغصوب . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنها غرامة إتلاف فوجب أن يمنع من الملك قياسا على أخذها بحكم . والثاني : أن ما لم يملك بالغرم عن حكم لم يملك بالغرم من غير حكم قياسا على التالف قبل الغرم ؛ ولأن كل بدل

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٩٩/٧

جاز المصير إليه لفقد مبدله كان وجود المبدل مانعا في التصرف في بدله كالمتيمم إذا وجد الماء ، وآكل الميتة إذا وجد الطعام ؛ ولأن كل بدل وجب بفوات مبدل كان عود المبدل موجبا لسقوط البدل قياسا على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها ، أو على يد فشلت ثم زال شللها ؛ ولأن ما أوجب ملك بدله تمليك مبدله ، كان امتناع ملك المبدل مبطلا لملك البدل كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد ؛ لأنها لا تملك ويملك به ثمن غيرها مما يملك ، فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال ، وما لا يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد ، دل على أن ملك البدل فيه لا يوجب تمليك مبدله ، وبهذا يكون الانفصال عن دلائلهم فتأمله تجده مقنعا ، ثم المعنى في البيع الذي جعلوه أصلا في الاستدلالين أن الثمن فيه موضوع للتمليك ، والقيمة في الغصب غير موضوعة للتمليك ، ألا ترى
. " (١)

" كتاب الوديعة قال الشافعي – رحمه الله – : " وإذا أودع رجل وديعة فأراد سفرا فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برا أو بحرا ضمن " . قال الماوردي : أما استيداع الودائع فمن التعاون المأمور به والإرفاق المندوب إليه ، قال الله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى [المائدة : ٢] . وقال الله تعالى : إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها [النساء : ٥٨] . وقال تعالى : فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته [البقرة : ٢٨٣] . وقال سبحانه وتعالى : ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما [آل عمران : ١٧٥] . وروى أبو هريرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك . وروى أنس بن مالك أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : تقبلوا إلي بست أتقبل بالجنة ، قالوا : وما هي يا رسول الله ؟ قال : إذا حدث أحدكم فلا يكذب ، وإذا اؤتمن فلا يخن ، وإذا وعد فلا يخلف ، وغضوا أبصاركم ، واحفظوا فروجكم ، وكفوا أيديكم . وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه . وقد استودع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ودائع القوم وكان يسمى في الجاهلية لقيامه بها محمدا الأمين ، فلما أراد الهجرة إلى المدينة تركها عند أم أيمن – رضي الله عنها – وخلف عليا – عليه ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢١٧/٧

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٥٥/٨

"أبي رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال لي رسول الله – {صلى الله عليه وسلم} – : إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا فقلت يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة الجزء السابع (١) قال بل عارية مؤداة .

فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها قالوا : ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب ألا يضمنوا المستعير قياسا على تلف الأجزاء قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاءه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طردا ، والغصوب عكسا .

ودليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – أنه قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ففيه دليلان : أحدهما : أنه جعل عليها ما أخذت وهذا تضمين .

والثاني : أنه واجب الأداء وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين .

وروى شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول الله – {صلى الله عليه وسلم} – استعار منه درعا يوم حنين فقال أغصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين قيل إطلاق القول يتناول ضمان." (٢)

"يضمن المحرم الصيد بالإمساك فلما سقط ضمان الصيد بالإرسال لزوال موجبه وجب أن يسقط ضمان الوديعة بترك التعدي لزوال موجبه .

قالوا : ولأن هذا مبني على أصلين ينتقل الكلام إليهما عند النزاع أحدهما أن يد المودع كيد المودع بدليل أن الغاصب إذا أودع المغصوب فتلف في يد المودع ثم أغرم القيمة رجع بها على الغاصب وإن كان تلفها في غير يده .

لأن يد المودع كيده فوجب أن يكون عود الوديعة بعد التعدي إلى حرز المودع كعودها إلى حرز المودع في سقوط الضمان .

والأصل الثاني أن الأمر بالشيء لا يقتضي التعدي فيه زوال الأمر به بدليل أن الوكيل في بيع عبد ، أو جارية لو شج ، أو زنا بالجارية لم ينعزل عن الوكالة وجاز بيعه بعد التعدي لجوازه من قبل فاقتضى أن يكون

---

(١) ١١٩

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢٧٦/٧

إحراز الوديعة بعد التعدي كإحرازها قبل .

والدليل على بقاء الضمان رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ، فاقتضى أن يكون الأداء على عمومه مستحقا ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة وبالجحود أخرى ، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف أن لا يسقط." (١)

" فصل : وأما الحال الثانية : وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه سواء تلف بفعله ، أو غير فعله ، إذا كان لقوله : يكون **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه .

ثم هو على ضربين : أحدهما : أن يكون له مثل المغصوب كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب ، والأدهان ، والدراهم ، والدنانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا ؛ لأن مثل الشيء أخص به بدلا من القيمة ؛ لأنه مثل في الشرع ، واللغة ، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة فإن طلب أحدهم القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب ، أو المغصوب منه ؛ لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب .

والضرب الثاني : ألا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب ، والعبيد فعليه قيمته في أكثر أحواله قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف وبه قال جمهور الفقهاء وقال عبد الله بن حسن العنبري وأحمد بن حنبل عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية فليت العامري عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة – رضي الله عنها – قالت ما رأيت صانعا طعاما مثل صفية صنعت لرسول الله –." (٢)

"المائدة : ٣١] .

فجعل جزاء كسبهما القطع دون الغرم .

وبرواية المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – قال : إذا قطعت يد السارق فلا غرم عليه ولأن أخذ القيمة من السارق يجعلها ملكا له ، والإنسان لا يقطع في ملكه .

ولأن القطع ، والغرم عقوبتان ، ولا تجتمع عقوبتان حدا في ذنب واحد ودليلنا قوله – {صلى الله عليه

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢٩٢/٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٣١٩/٧

وسلم} – **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ، فجعل الأداء غاية الحكم ولأنه متعد بالمنع إلى وقت التلف مع اعتقاد وجوب الرد فوجب أن يلزمه الغرم كالغاصب .

وقولنا مع اعتقاد وجوب الرد احترازا من الحربي ، ولا يدخل عليه العبد إذا سرق من سيده ؛ لأن الغرم وجب بالتلف ثم الجزء السابع (١) سقط بالملك ولأنه مال وجب رد عينه بحكم السرقة فوجب أن يلزم رد بدله عند التلف قياسا على ما لم يجب فيه القطع ، ولأنه مال مأخوذ على وجه العدوان فوجب أن يستوي حكم قليله وكثيره في الغرم كالغصب ولأن الغرم حق للمسروق منه ثبت في قليل الملك فوجب أن يثبت في كثيره قياسا على رد العين ولأن ما ضمن نقصانه ضمن بالتلف جميعه كالمبيع في يد البائع ،." (٢)

" مسألة : قال الشافعي – رحمه الله – : " ولو كان لوحا فأدخله في سفينة ، أو بنى عليه جدارا أخذ بقلعه .

قال الماوردي : وهذا كما قال .

إذا غصب لوحا فبنى عليه سفينة ، أو دارا هل يؤخذ بهدم بنائه ورد اللوح بعينه أم يدفع القيمة ؟ أخذ بهدم بنائه ورد اللوح بعينه وبه قال مالك ، وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة ، وأهل العراق : يدفع القيمة ، ولا يجبر على هدم البناء استدلالا بقول النبي – {صلى الله عليه وسلم} – : لا ضرر ، ولا ضرار فمن ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه .

وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به ، وبقوله : – {صلى الله عليه وسلم} – : يسروا ، ولا تعسروا إني بعثت بالحنيفية السمحة .

الجزء السابع (٣) وفي أخذ القيمة منه فيه تيسير قد أمر به وفي هدم بنائه تعسير قد نهي عنه .

قالوا ولأنه مغصوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان قالوا ولأنه مغصوب لا يمكنه رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب .

ودليلنا قوله – {صلى الله عليه وسلم} – : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي .

---

(١) ١٦٦

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٣٩٠

(٣) ١٩٩

فلزمها رد اللوح لأخذه .

وروى عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله –." [1]

"بدله ، وذلك باطل كالبائع : لا يجوز أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن ، والزوجة : لا يجوز أن يجتمع لها المهر والبضع ؛ ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب ، امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده .

ودليلنا قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم الجزء السابع [2] [النساء : ٢٩] فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك .

وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – قال : **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي .

فجعل الأداء غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه ، ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادرا على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه ، فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه .

ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن كل ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه ؛ قياسا عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد ، أو كانت من نقد البلد فلم تقبض .

والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد ، لم يملك بالقيمة من نقد البلد." [3]

" الجزء الثامن [4] كتاب الوديعة قال الشافعي – رحمه الله – : " وإذا أودع رجل وديعة فأراد سفرا فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برا أو بحرا ضمن " .

قال الماوردي : أما استيداع الودائع فمن التعاون المأمور به والإرفاق المندوب إليه ، قال الله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى [المائدة : ٢] .

وقال الله تعالى : إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها [النساء : ٥٨] .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٧١/٧

(٢) ٢١٧

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٨/٧

(٤) ٣٥٥

وقال تعالى : فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته [البقرة : ٢٨٣] .

وقال سبحانه وتعالى : ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما [آل عمران : ١٧٥] .

وروى أبو هريرة عن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – أنه قال : أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك .

وروى أنس بن مالك أن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – قال : تقبلوا إلي بست أتقبل بالجنة ، قالوا : وما هي يا رسول الله ؟ قال : إذا حدث أحدكم فلا يكذب ، وإذا اؤتمن فلا يخن ، وإذا وعد فلا يخلف ، وغضوا أبصاركم ، واحفظوا فروجكم ، وكفوا أيديكم .

وروي عن النبي – {صلى الله عليه وسلم} – أنه قال : **على اليد ما أخذت** حتى." (١)

"وحديث الفصل الذى رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، وفى سماع شعيب من جده نظر، وقد أثبتت السماع في حاشيتي على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى " بفتح البيان في مقاصد القرآن " الصادرة عن مطبعة الامام.

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو، فالضمير في جده يعود على شعيب لا على عمرو، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لان جد الاب جد، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه، وليس منصرفا إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو أما الاحكام: ففى الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أمينا على عين من الاعيان كالوديع والمستعير، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين.

وقد حكى في البحر الاجماع على ذلك.

وتأول ما حكى عن الحسن البصري أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة، والوجه في تضمينه الجناية أنه صار بها خائنا، والخائن ضامن لقوله صلى الله عليه وسلم " ولا على المستودع غير المغل ضمان " والمغل هو الخائن.

وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد في حفظ العين لانه نوع من الخيانة.

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨/٨٩٧

وقد استدل القائلون بالضمان بحديث الحسن البصري عن سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " زاد أبو داود والترمذي: قال قتادة ثم نسى الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه قال المقبلى في المنار: يستدلون بهذا الحيث على التضمين ولا أراه صريحا، لان اليد الامينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد، والا فليست بأمينة

ومستخبر عن سر ليلى تركته * بعمياء من ليلى بغير يقين يقولون خبرنا فأنت أمينها * وما أنا ان خبرتهم بأمين إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية، وليس الفرق بين المضمون." (١)

"مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياسا على تلف الاجزاء قالوا: ولان ما لم تكن أجزاؤه مضمونه لم تكن جملته مضمونه كالودائع طردا والغصوب عكسا.

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدى " وهذا تضمين، ثم ساق الماوردى حديث صفوان المار كدليل آخر، فإن قيل: هو محمول على ضمان الرد كالودائع التى هي مضمونة الرد، وليست مضمونة العين، قيل: إطلاق القول يتناول ضمان الاعيان، ولذلك امتنع أن يطلق على الامانات المؤداة حكم الضمان، على أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم قال " عارية مضمونه مؤداة " وكان الاداء محمولا على الرد والضمان على التلف، ثم يجيب صاحب الحاوى على اعتراضات المخالفين فيقول عن حديث ليس على المستعير غير المغل ضمان: الجواب من وجهين: أحدهما أنه محمول على ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال وهذا وان كان تخصيصا فلما عارضه من الاخبار المخصصة.

والثانى: أن المغل في هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانه والغلول وإنما هو مأخوذ من استغلال الغلة، يقال: هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة.

قال زهير بن أبى سلمى: فتغل لكم مالا تغل لامثالها * قرى بالعراق من قفيز ودرهم فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أي غير القابض لانه بالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح، وأما الجواب عن " عارية مضمونة أو مؤداة ؟ " فهو أن معناه عارية مضمونه بالبدل، أو مؤداة العين استعلاما لحكمها هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضة أو على طريق الرد والاداء فأخبر أنها مؤداة العين، لا يملكها الآخذ بالبدل، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير، والمعنى فيه أنه أتلفه

---

(١) المجموع، ١٤/١٧٨

بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها، ولو تلف الثياب بغير اللبس المأذون فيه كأن شد فيها متاعا أو حل فيها ترابا ضمن، وعند أحمد في أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس.." (١)

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الغصب الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا.

وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه " (فصل) ومن غصب مال غيره، وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه، لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " **على اليد ما أخذت** حتى ترده " (فصل) فان كان له منفعة تستباح بالاجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الاجرة، لانه يطلب بدلها بعقد المغابنة.

فضمن بالغصب كالاعيان.

(فصل) فإن كان المغصوب باقيا لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب ابن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها " فان اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين، وهذا خطأ، لان الغاصب يضمن ما غصب.

والقيمة لا تدخل في الغصب، لانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شئ (فصل) وإن تلف فئ يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له، فان لم يكن له مثل نظرت، فان كان من غير جنس الاثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة.

لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه.

---

(١) المجموع، ١٤/٢٠٦

وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق

فأوجب القيمة في العبد بالاتلاف بالعتق، ولان إيجاب مثله من جهة الخلقة." (١)

"فكان يقول: أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد عد في مواليه، قال أحمد بن زهير: سمعت يحيى بن معين يقول: أملى على هوذة بن خليفة البكراوى نسبة إلى أبى بكرة، فلما بلغ إلى أبى بكرة، قلت: ابن من، قال.

دع لا تزده،

وكان أبو بكرة يقول: أنا من إخوانكم في الدين.

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع منه، فإذا ثبت هذا فإن من غصب شيئا لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " **على اليد ما أخذت** حتى ترده " رواه الحسن البصري عن سمرة، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور، وقد أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم في المستدرك.

وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبى داود والترمذي وقال: حسن غريب وقال: لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب.

وقال الشافعي: إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا صغيرا أو كبيرا فأخذ ما بين طرفيه طولا وعرضا أو كسر له شيئا صغيرا أو كبيرا أو رضحه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سواء، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحا ومكسورا أو صحيحا ومجروحا قد برئ من جرحه ثم يعطى مالكه ما بين القيمتين ويكون ما بقى بعد الجناية لصاحبه نفعه أو لم ينفعه.

وقد عرف الماوردى الغصب بأدق ما رأيت تعريفا قال " الغصب هو منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق " ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف، فان منع ولم يتصرف كان تعديا وتعلق به ضمان لانه تعد على المالك دون الملك، وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا وتعلق به ضمان لانه تعد على الملك دون المالك، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا.

وقال أبو حنيفة: لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل، فان كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه

---

(١) المجموع، ٢٢٧/١٤

ولم يضمن استدلالا بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف، فصار كحبس الانسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله،." (١)

"أو أرخصت الاسعار أم لا، لان بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق، وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسى) وأقمشة الصواوين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والالات الكاتبة والالات الحاسبة والمكرفون وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجره المثل ان كان لمثل زمان الغصب أجرة عرفا، وعليه مؤونة الرد إن كان له مؤونة.

وأما الحال الثانية: وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى ترده ثم هو على ضربين.

(أحدهما) أن يكون له مثل كالذى تتساوى أجزاؤه من الحبوب والادهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا، لان مثل الشئ أحصر به بدلا من القيمة، لانه مثل في الشرع واللغة، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه، لانها غير المستحق، فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففى جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب (والثانى) أن لا يكون له مثل كالذى تختلف أجزاؤه من الثياب والجوهر فعليه ثمنه في أكثر أحواله، فثمنه من وقت الغصب إلى وقت التلف، وبه قال جمهور الفقهاء.

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري وأحمد بن حنبل: عليه مثله من جنسه

وعلى صفته استدلالا برواية العامري عن أنس في رواية الترمذي، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلما، وعن عائشة في رواية أحمد وأبى داود والنسائي، قالت عائشة: ما رأيت صانعة طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم في إناء فما ملكت نفسي أن كسرته، فقلت: يا رسول الله ما كفارته، قال: إناء مثل إناء وطعام كطعام، وما روى أن عثمان رضى الله عنه أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إن بنى عمك سعوا على إبلى فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها، فقال عثمان: نعطيك إبلا مثل ابلك،." (٢)

---

(١) المجموع، ٢٣٢/١٤

(٢) المجموع، ٢٣٤/١٤

"الثمن والمثمن، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع، ولان ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده ودليلنا قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضي خرج عن الاباحة في التمليك، ولحديث سمرة مرفوعا " **على اليد ما أخذت** حتى ترده " فجعل الرد غاية الاخذ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الاحوال كلها، ولان قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه (فرع) إذا نما البدل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة.

أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه في حالة زيادة المغصوب كما سيأتي.

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت، فان كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا مستقرا أو غير مستقر، فان كان مستقرا

بأن كان ثوبا فتخرق، أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص، لانه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمه فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فان ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه: أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لان مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الاول، لان عين ماله باقيه فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت وإن كان نقصانا غير مستقر، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد، فقد قال في الام " للمغصوب منه مثل مكيلته " وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق (والثانى) أنه يأخذ مثل مكيلته لانه يتزايد فساده إلى أن يتلف." [١]

"(فصل) وإن غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب لانه غصبه، وله أن يضمن الآكل لانه أكل ما لم يكن له أكله فإن ضمن

الآكل نظرت فان علم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لانه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه فان أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان.

---

(١) المجموع، ١٤/٢٤٠

(أحدهما) يرجع لانه غره وأطعمه على أن لا يضمنه.

(والثانى) لا يرجع لانه حصل له منفعة، فان أطعمه المالك فان علم أنه له برئ الغاصب من الضمان، لانه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم ففيه قولان (أحدهما) يبرأ الغاصب لانه عاد إلى يده فبرئ الغاصب من الضمان، كما لو رده عليه (والثانى) لا يبرأ لانه إنما ضمن، لانه أزال يده وسلطانه عن المال وبالقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه، لانه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان.

(الشرح) قال الشافعي: ولو كان لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا أخذ بقلعه، وهذا كما قال: إذا غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه سفينة أو دارا أخذ بهدم بنائه اللوح بعينه إلى صاحبه، وبه قال مالك وأهل الحرمين، وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار، فمن ضار أضر الله به، ومن شاق شق الله عليه وفى أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: يسروا ولا تعسروا إني بعثت بالحنيفية السمحة.

وفى أخذ القيمة منه تيسير، وفى هدم بنائه تعسير منهى عنه، ولانه مغصوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان، ولانه مغصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " فلزمه رد اللوح، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعا: لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم، وهذا خبر

ظاهره كالنص، ولقوله صلى الله عليه وسلم: إن لصاحب الحق يدا ومقالا،." (١)

" قوله جزم صاحب الأنوار بالثاني أشار إلى تصحيحه

قوله كما لو رد السارق المسروق إلخ ولقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ويده بتعديه قد أخذت الوديعة وكما لو جحدها ثم اعترف بها قوله لأن التضمين حق المالك وقد أسقطه لكن قد تقدم في كتاب الرهن أن من يده يد ضمان كالغاصب إذا أبرأه مالك العين من الضمان والعين باقية في يده لم يبرأ أو يفرق بينهما بأن يد المودع يد أمانة والضمان عارض وبالإبراء رجعت إلى أصلها بخلاف يد الغاصب ونحوه وخرج بالمالك ولي المحجور عليه ونحوه وكتب أيضا قال الأذرعي إن هذا الاستئمان

---

(١) المجموع، ١٤/٢٧٠

إنما هو للمالك خاصة لا للولي والوكيل ونحوهما بل لا يجوز لهم ذلك ولو فعلوه لم يعد أمينا قطعا قوله خلطها فلم تتميز ضمن حتى لو خلط حنطة بشعير مثلا ضمن

قال الزركشي ليس الضابط التميز بل سهولته حتى لو خلط حنطة بشعير مثلا كان مضمنا فيما يظهر قوله نعم إن خلطها سهوا فلا ضمان إلخ أشار إلى تصحيحه قوله إلا أن يحصل نقص بالخلط فيضمن أي النقص قوله ثم إن لم يتميز ضمن الجميع لخلط الوديعة بمال نفسه الفرق بينه وبين خلط الغاصب المغصوب بمثله من وجهين أحدهما الاستيلاء على جهة التعدي

والآخر الإمساك لنفسه فغلظ عليه بانتقال الحق إلى ذمته والمودع لم يوجد منه الاستيلاء على المال عدوانا فإنه قبضه بإذن صاحبه ولا وجد منه الإمساك لنفسه قوله فلو رده بعينه لم يضمن سواء قال شيخنا علم من ذلك أنه لا فرق بين أن يتميز أو لا أما مسألة ضمان نصف درهم فيما لو رده بعينه وكانت الدراهم عشرة مثلا وتلف نصفها فوجهه أنه يحتمل سلامة الدرهم أو تلفه فضمناه نصف درهم إذ هو المحقق قوله وكذا لو سرق في الصحراء المراد بالصحراء هنا غير الدار حتى لو كان خارج الباب فهو كالصحراء قوله كان يرقد فيه أي عادة

". (١)

"والعارية بتشديد الياء وتخفيفها وهي اسم لما يعاد لينتفع به مع بقاء عينه وهي مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء ويقال للبطال عيار لتردده في بطالته والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) وقوله تعالى: (ويمنعون الماعون) وفسرها جمهور المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس وهي مندوب إليها.

وأخبار منها:حديث أبي أمامة (العارية مردودة والدين مقضي والزعيم غارم) أخرجه أحمد وأصحاب السنن. حديث صفوان ابن أمية (أنه صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان أدراعا يوم حنين فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة) رواه أحمد والنسائي والحاكم. حديث سمرة (**على اليد ما أخذت** حتى

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣/٨٠

تؤديه)، وفي رواية حتى تؤدى، رواه أحمد وأبوداود .

وأركانها أربعة: معير ومستعير ومعار وصيغة.." (١)

"فلا تجب الأجرة وكذا الحكم لو أعارة شيئا بعوض مجهول كما لو أعاره دابة ليعلفها أو أعاره داره ليطين سطحها فهي إجارة فاسدة. ومؤنة الرد على المستعير أي إذا رد المستعير العارية على من استعار منه إن كان مالكا أو مستأجرا فمؤنة الرد عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه الترمذي. ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك فإن تلفت أي العين المستعارة عند المستعير لا باستعمال لها مأذون فيه ضمنها وإن لم يفرط لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان: (بل عارية مضمونة) رواه أبوداود، ولأنه مال فيجب رده لمالكه وتضمن بقيمة يوم التلف وكذا تلف بعضها فإنه مضمون والأصح أنه لا يضمن ما ينمحق من الثياب أو ينسحق بالاستعمال والثاني يضمنهما والثالث يضمن المنمحق أي البالي دون المنسحق والمنمحق هو الذي تلف بالكلية والمنسحق هو الذي تلف بعض أجزائه أو نقصت قيمته باﻻاستعمال لأن مقتضى الإعارة الاستعمال فإذا ردت العين فلا ضمان بخلاف المنمحق فيضمن والمستعير من مستأجر لا يضمن التالف في الأصح لأنه هو نائب المستأجر والمستأجر لا يضمن أما إذا كانت الإجارة فاسدة ضمنا معا والقرار على المستعير ولو تلفت دابته في يد وكيل له بعثه في شغله أو في يد من سلمها إليه ليروضها فلا ضمان لأن التلف بلا تفريط ولأنه لم يأخذها لغرض نفسه وكذا الرائض أخذها ليعلمها فالمنفعة لمالكها فلا ضمان عليه وله أي للمستعير الانتفاع بحسب الإذن فإن أعاره لزراعة حنطة زرعها ومثلها لأنه أذن له بها وبما دونها في الضرر فإن قال: ازرع البر فله زرع الشعير وليس له أن يزرع ما فوقها كالذرة والقطن وإذا زرع ما ليس له زراعته فللمعير قلعه مجانا إن لم ينهه عن زراعة غيرها فإن نهاه عنه لم يكن له زرعه أو لشعير لم يزرع ما فوقه كحنطة لأن ضررها أعظم من ضرره ولو أطلق الزراعة يصح في الأصح ويزرع ما شاء أي لو قال: المعير للمستعير:." (٢)

"وقوله حق الحق أي كل ما يختص به غيره ولو لم تكن له مالية كالكلب وجلد الميتة والزبل وحق التحجر وموضع في سوق أو في مسجد وقوله عدوانا أي على جهة التعدي والظلم والغصب من الكبائر إن بلغ المغصوب نصابا وقال العز بن عبد السلام: الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة والأول أصح.

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٣٢٨/٢

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٣٣٠/٢

أما إذا قصد بالغصب الاستحلال فإن غصب الصغير والكبير والقليل والكثير كبيرة. فلو ركب دابة أو جلس على فراش فغاصب وإن لم ينقل ذلك ولم يقصد الاستيلاء لحصول الغاية المطلوبة من الاستيلاء وهي الانتفاع على وجه التعدي ولو دخل داره وأزعجه عنها أي أخرجه منها فغاصب وإن لم يقصد الاستيلاء لأن وجوده يغني عن قصده على أن يكون دخوله على هيئة من يقصد السكنى أو أزعجه أي أخرجه منها وقهره على الدار أي منعه التصرف فيها ولم يدخل فغاصب وسواء قصد الاستيلاء أم لم يقصد لأن وجوده يغني عن قصده وفي الثانية وجه واهن أي فيما إذا أزعجه وقهره ولم يدخل ففي قول ضعيف أنه ليس بغاصب والمشهور أنه غاصب ولو سكن بيتا أي حجره من الدار أو لم يسكنها ومن المالك منه دون باقي الدار فغاصب للبيت فقط لأنه قصد واستولى على البيت دون الدار ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها ولا من يخلفه من أهل ومستأجر ومستعير وصديق وحارس فغاصب وإن كان الداخل ضعيفا والمالك قويا حتى لو انهدمت حينئذ ضمنها وإن كان المالك فيها أو نحوه ودخل بقصد الاستيلاء ولم يزعجه عنها فغاصب لنصف الدار لاجتماع يدهما على الدار فيكون الاستيلاء لهما معا وبهذا يعلم أنه لو غصب عدد دارا لكان كل واحد غاصبا لحصته إلا أن يكون الداخل ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحب الدار فلا يكون غاصبا لشيء منها لتعذر قصد ما لا يمكن تحققه وعلى الغاصب الرد بالخروج من المغصوب فورا عند التمكن وإن عظمت المؤنة لحديث أبي داود عن سمرة: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)، فإن تلف عنده أي تلف المغصوب بآفة أو إتلاف." (١)

"وتثبت السرقة الموجبة للقطع بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا قال تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) البقرة٢٨٢. فلو شهد رجل وامرأتان بسرقة أو أقام المدعي شاهدا بالسرقة وحلف المدعي مع الشاهد ثبت المال ولا قطع على السارق فشهادة الرجل مع المرأتين تثبت المال ولا تثبت الحد. ويشترط ذكر الشاهد بالسرقة شروط السرقة فلا تقبل شهادة مطلقة فيشترط بيان السارق بالإشارة إليه إن كان حاضرا أو ذكر اسمه ونسبه بحيث يتميز إن كان غائبا ويشترط أن يبين المسروق والمسروق منه وكون السرقة من حرز بتعيين الحرز أو صفته ولو اختلف شاهدان كقوله أي قول أحدهما سرق بكرة والآخر قال سرق عشية فباطلة هذه الشهادة ولا قطع وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما فيثبت له المال على المتهم وعلى السارق رد ما سرق إن كان باقيا لما روى أبوداود عن سمرة(أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٢/٣٣٦

(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)(. فإن تلف ضمنه ببدله جبرا لما فات بمثله في المثلي وأقصى قيمة في المتقوم وتقطع يمينه إجماعا لأن البطش بها أقوى فكان البداءة بها أردع قال تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) المائدة٣٨. وروى البغوي من حديث الحارث بن عبدالله بن أبي ربيعة (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقطع يمينه). لإإن سرق ثانيا بعد قطعها فرجله اليسرى تقطع إن برئت يده اليمنى وإلا أخرت للبرء فقد روى الدارقطني عن أبي هريرة (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق: إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله)، ورواه الشافعي عن أبي هريرة مرفوعا. وثالثا يده اليسرى وخامسا رله اليمنى ولا يقطع عضو إلا بعد اندمال ما قبله لئلا تفضي الموالاة إلى الهلاك أما في الحرابة فيقطعان معا لأنهما حد واحد. وبعد ذلك أي بعد قطع اليدين والرجلين إذا سرق يعزر ولا يقتل لأن القطع ثبت بالكتاب." (١)

"وتثبت السرقة الموجبة للقطع بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا قال تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) البقرة٢٨٢. فلو شهد رجل وامرأتان بسرقة أو أقام المدعي شاهدا بالسرقة وحلف المدعي مع الشاهد ثبت المال ولا قطع على السارق فشهادة الرجل مع المرأتين تثبت المال ولا تثبت الحد. ويشترط ذكر الشاهد بالسرقة شروط السرقة فلا تقبل شهادة مطلقة فيشترط بيان السارق بالإشارة إليه إن كان حاضرا أو ذكر اسمه ونسبه بحيث يتميز إن كان غائبا ويشترط أن يبين المسروق والمسروق منه وكون السرقة من حرز بتعيين الحرز أو صفته ولو اختلف شاهدان كقوله أي قول أحدهما سرق بكرة والآخر قال سرق عشية فباطلة هذه الشهادة ولا قطع وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما فيثبت له المال على المتهم وعلى السارق رد ما سرق إن كان باقيا لما روى أبوداود عن سمرة(أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:
(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)(. فإن تلف ضمنه ببدله جبرا لما فات بمثله في المثلي وأقصى قيمة في المتقوم وتقطع يمينه إجماعا لأن البطش بها أقوى فكان البداءة بها أردع قال تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) المائدة٣٨. وروى البغوي من حديث الحارث بن عبدالله بن أبي ربيعة (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقطع يمينه). لإإن سرق ثانيا بعد قطعها فرجله اليسرى تقطع إن برئت يده اليمنى وإلا أخرت للبرء فقد روى الدارقطني عن أبي هريرة (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق: إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله)، ورواه الشافعي

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٣٨١/٣

عن أبي هريرة مرفوعا. وثالثا يده اليسرى وخامسا رله اليمنى ولا يقطع عضو إلا بعد اندمال ما قبله لئلا تفضي الموالاة إلى الهلاك أما في الحرابة فيقطعان معا لأنهما حد واحد. وبعد ذلك أي بعد قطع اليدين والرجلين إذا سرق يعزر ولا يقتل لأن القطع ثبت بالكتاب." (١)

" وعليه ثيابه لم يضمنها بخلاف سرج الدابة كما سيأتي . قول المتن : (بالاستعمال) قال أبو حنيفة : لا يضمن إلا بالتعدي وهو قول عندنا . فرع : لو أعاره بشرط أن لا ضمان لغا الشرط وصح العقد ، كما لو أقرضه بشرط أن يرد مكسرا عن صحيح . قوله : (يضمنهما) أي لإطلاق حديث : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } كذا علله الإسنوي ، وعلله الشارح بما سيأتي . قال السبكي : وعند التحقيق الثالث أضعف من الثاني لأن المستحق بعد المنمحق . قوله : (أي البالي) عبارة الإسنوي الانمحاق هو التلف بالكلية ، مثل أن يلبسها إلى أن تبلى ، والانسحاق هو النقصان . قال : وتلف الدابة بالركوب والحمل إلا المعتاد كالانمحاق ، وعرقها وعرجها كالانسحاق . قوله : (فتضمن في آخر إلخ) يعني آخر حالة يمكن تقويمه فيها ، ومقابله يضمنها كلها . قوله : (.

---

(٢) ".

" القول بجعله هالكا ، واستشكله وقال : كيف يكون التعدي سببا للملك ؟ وساق أحاديث جمة ، واختار أن ذلك شركة بينهما كالثوب المغصوب ، قال : وفتح هذا الباب فيه تسليط الظلمة على ملك الأموال بخلطها . قوله : (يشتركان) أي كما لو اختلط بنفسه ، أو خلطاه برضاهما . قوله : (وللمغصوب منه قدر حقه) . أي باعتبار القيمة ، لكن لا يجوز قسمة عين الربوي على نسبة القيمة لأنه ربا ، ولو دفع إليه الغاصب قدر حقه عند خلطه بالأجود ، وجب عليه القبول . . قول المتن : (أخرجت) أي خلافا للحنفية حيث قالوا : يملكها ويغرم قيمتها . لنا حديث : { **على اليد ما أخذت** } . وحديث : { ليس لعرق ظالم حق } . قول المتن : (إلا أن يخاف إلخ) ظاهر إطلاقه ولو ترجحت السلامة . قول المتن : (معصومين) ولو للغاصب . قوله : (كأن قرب) أي إذا كان يظن أن الغصب يبيح الوطء ، أما لو ظنها

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٤٨٦/٣

(٢) حاشية عميرة، ٢١/٣

زوجته أو أمته ، فلا يحتاج إلى شرط . قول المتن : (إلا أن تطاوعه) قال الإسنوي : إذا كانت جاهلة بالتحريم وجب المهر ا هـ . وعبارة الكتاب تشعر بخلافه إلا أن يقال ما

." (١)

"أقر المالك للمتصرف بملك المنافع فلا يقبل قوله في دعوى العوض وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والأصل أنها للمالك

فصل في اختلاف المالك والراكب في الإعارة أو الإجارة وإن اختلفا فقال المالك أعرتكها وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا أن الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد فكان القول قول المالك

فإن كانت العين باقية حلف وأخذ وإن كانت تالفة نظرت فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي القيمة والراكب يقر له بالأجرة فيحلف ويستحق القيمة وإن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف

وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ففيه وجهان أحدهما يستحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه

والثاني لا يستحق من غير يمين لانه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين

فصل في اختلاف المالك والراكب في الغصب أو الإجارة وإن اختلفا فقال المالك غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب بل أجرتنيها فلا يلزمني ضمانها ولا أجرة مثلها فالقول قول المالك (مع يمينه) لان الأصل أنه ما أجره

فإن اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق القيمة وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا فإن المالك يدعي أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه

والله أعلم

---

(١) حاشية عميرة، ٤١/٣

كتاب الغصب الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا

وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه

فصل في ضمان المغصوب ومن غصب مال غيره وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى ترده   فصل في ضمان أجرة منفعة المغصوب فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة لانه يطلب بدلها بعقد المغابنة فضمن بالغصب كالأعيان

فصل في رد المغصوب إن كان باقيا فإن كان المغصوب باقيا لزمه رده لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته

وقال أبو ثور من أصحابنا يضمن كما يضمن زيادة العين وهذا خطأ لان الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب لانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء

فصل في ضمان المغصوب إذا تلف ولا مثل له   وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له فإن لم يكن له مثل نظرت فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد

---

(١) ".

"(قوله : فالراكب) أي هو المستعير (قوله : إن وكله) أي القائل (قوله : وإلا) أي وإن لم يوكله (قوله : والقرار على الراكب) لم يبين من القرار عليه صريحا فيما لو كان الشغل للآمر ، والظاهر أنه الآمر أخذا من قوله : إن القائل هو المستعير لا الراكب .

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٣٦٧

(ومؤنة الرد) للعارية حيث كان له مؤنة أو عند الحجر عليه (على المستعير) من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ولأنه قبضها لغرض نفسه .

أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رده عليه معيره ، وظاهر كلامهم عدم الفرق بين بعد دار هذا عن دار معيره وعدمه ، ووجهه أنه منزل منزلة معيره ، ومعيره لو كان في محله لم تلزمه مؤنة ، فسقط ما للأذرعي هنا ، ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيرد لوليه ، فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد .

نعم لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد مالكه امتنع رده إليه بل يتعين للحاكم .

الشرح." (١)

"(قوله : والثاني يضمن مطلقا لما مر) أي من تلف العين أو نقصانها المفسر بهما الانمحاق والانسحاق (قوله : وموت الدابة) أي بالاستعمال قوله : ولو كانت بيد المالك) قد يتوهم من هذه العبارة أنه يضمنها قبل قبضه إياها وظاهر أنه لا معنى له لأن العارية لا تزيد على نحو البيع الصحيح أو الفاسد مع أنه لا ضمان فيه على المشتري قبل القبض بل ليس لنا شيء تضمن فيه العين بمجرد العقد من غير قبض ، ويتعين أن المراد أن تلفها في يد المالك بعد قبض المستعير وبقاء حكم العارية أو قبل قبضها بالفعل لكن استعملها المالك في شغل المستعير مضمن ا هـ سم على حج (قوله : كان) أي الغير مستعيرا إلخ (قوله : عن أبي حامد) الإسفراييني (قوله : وما وجه به) أي البلقيني .

(قوله : لما مر) أي من خبر { **على اليد ما أخذت** } (قوله : وموت الدابة) أي بالاستعمال كما نبه عليه الشهاب سم ولعل صورته أنه حملها حملا ثقيلا بالإذن فماتت بسببه ، بخلاف ما إذا كان خفيفا لا تموت بمثله في العادة فاتفق موتها لما صرحوا به من الفرق بين ما إذا ماتت بالاستعمال وما إذا ماتت في الاستعمال

---." (٢)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٤١/٢٢

(٢) حاشية الشبراملسي، ٢٥١/٢٢

"(وعلى الغاصب الرد) فورا عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده ولو لم يكن متمولا كحبة بر أو كلب يقتنى ، وسواء أكان مثليا أم متقوما ببلد الغصب أم مستنقلا عنه ولو بنفسه أو فعل أجنبي لخبر { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ولو وضع العين لا بد لها بين يدي المالك مع علمه وتمكنه من أخذها أو في داره وعلم ولو بإخبار ثقة كفى ويبرأ بالرد لمن غصب منه ولو نحو مودع ومستأجر ومرتهن لا ملتقط وفي مستعير ومستام وجهان أوجههما كما اقتضاه كلامهما أنهما كالأول لأنهما مأذون لهما من جهة المالك ، وإن كانا ضامنين ولو أخذ من رقيق شيئا ثم رده إليه فإن كان سيده دفعه إليه كملبوس وآلات يعمل بها بريء ، وكذا لو أخذ الآلة من الأجير وردها إليه لأن المالك رضي به قاله البغوي في فتاويه وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة ، كما لو غصب أمة فحملت بحر لتعذر بيعها ، قاله المحب الطبري .." (١)

"(ولو) (نقل المغصوب) (المثلي) أو انتقل بنفسه أو بفعل أجنبي فذكر نقله مثال واقتصاره على المثلي لأنه الذي يترتب عليه جميع التفريعات الآتية التي منها قوله طالبه بالمثل وإلا فنقل المتقوم يوجب المطالبة برده أو قيمته (إلى بلد) أو محل (آخر) ولو من بلد واحد إن تعذر إحضاره حالا كما اعتمده الأذرعي أي وإلا فلا يطالبه بالقيمة (فللمالك أن يكلفه رده) إن علم مكانه للخبر المار { **على اليد ما أخذت** } (وأن يطالبه) ولو مع قرب محل المغصوب وأمنه من هربه أو تواريه كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للماوردي ومن تبعه (بقيمته) أي بأقصى قيمه من الغصب إلى المطالبة (في الحال) أي قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه ، ولهذا امتنع عليه المطالبة بالمثل لثبوت التراد فقد يزيد السعر وينحط فيحصل الضرر والقيمة شيء واحد ، ويملكها الآخذ ملك قرض لانتفاعه بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رجوع العين .." (٢)

"وذلك لأن الخمرة الغير المحترمة تراق على عاصرها فلم يصدق على خلها أنه فرع ما اختص به (قوله : وإذا لم يعرض عنه) أي الجلد (قوله : لعموم الخبر) أي وهو قوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } (قوله : لأن الأصل عدم التذكية) أي وبراءة ذمة الغاصب أيضا .

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٣٤/٢٣

(٢) حاشية الشبراملسى، ٨٨/٢٣

(قوله : وعليه إراقة الخمر) أي : على الغاصب ليلائم قوله بعده وإلا فلا يجوز له إراقتها خلافا لما وقع في حاشية الشيخ (قوله : ؛ لأنهما فرعا ملكه) جرى على الغالب ، وإلا فقد لا يسبق له ملك ، كما لو ورث الخمرة أو الجلد مثلا ، وعبارة غيره ؛ لأنهما فرعا اختصاصه .

(قوله : وقضية تعليل الأول) قال في التحفة : وليس قضيته إخراج غير المحترمة خلافا لمن ادعاه ؛ لأن ملكه هو العصير ، ولا شك أن حل المحترمة وغيرها فرع عنه ا هـ .

(قوله : ؛ لأنه منتفع به) لعله سقط قبله واو .

___." (١)

"غريم ولو طال زمن العذر كنذر اعتكاف شهر متتابع وإحرام يطول زمنه فالأوجه أنه يلزمه توكيل أمين يردها إن وجد وإلا بعث للحاكم ليردها فإن ترك أحد هذين مع القدرة عليه ضمن قوله فلا يلزمه علم من ذلك أن من أعطى غيره خاتما مثلا أمارة لقضاء حاجة وأمره برده إذا قضيت فتراكه بعد قضائها في حرزه لم يضمن لما تقرر أنه إنما يلزمه التخلية لا غير كذا في التحفة وفيه ما لا يخفى ا هـ شوبري وفي ق ل على الجلال قوله فلا يلزمه نعم يلزمه ذلك في ردها بعد جحدها ا هـ قوله إلا بإيداع ثان من المالك خرج بالمالك غيره كوصي ووكيل وخرج بالإيداع ما لو أبرأه مما فعله من غير إيداع ا هـ ق ل على الجلال وفي سم فائدة لو أبرأه من الضمان كان كإحداث الاستئمان ولو قال أذنت لك في حفظها فهو كقوله استأمنتك عليها ا هـ وعبارة العباب لا بإيداع الولي فيما يظهر انتهى وعبارة أصله مع شرح م ر ومتى صارت مضمونة بانتفاع أو غيره ثم ترك الخيانة لم يبرأ كما لو جحدها ثم أقر بها ويلزمه ردها فورا بخلاف مرتهن أو وكيل تعدى وكان الفرق ما مر من ارتفاع أصل الوديعة بالخيانة بخلاف غيرها فإن أحدث له المالك الرشيد قبل أن يردها له استئمانا أو إذنا في حفظها أو إبراء أو إيداعا برئ الوديع من ضمانها في الأصح لأنه أسقط حقه والثاني لا يبرأ حتى يردها إليه أو إلى وكيله لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وخرج بأحدث قوله له قبل الخيانة إن خنت ثم تركت عدت أمينا فلا يبرأ به قطعا كما نقلاه عن المتولي وأقراه لأنه إسقاط ما لم يجب وتعليق للوديعة وكذا لو أبرأه نحو ولي ووكيل كما قاله الأذرعي ولو أتلفها فأحدث له استئمانا أو نحوه في البدل لم يبرأ انتهت قوله فيصدق في دعوى ردها قال الجلال البلقيني قد يوهم أنه لو ادعى التخلية أنه لا يقبل وليس

---

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٣/١٥٨

كذلك بل دعواه التخلية مقبولة فلو قال خليت بينها وبين المالك فأخذها فإنه يقبل قوله ولا فرق بين أن يقول رددتها على المالك بنفسي أو بوكيلي ووصلت." (١)

"(وهي) أي العين المستعارة (مضمونة على المستعير) إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرط كتلفها بآفة سماوية لخبر : { على اليد ما أخذت حتى تؤديه } وحينئذ يضمنها (بقيمتها) متقومة كانت أو مثلية (يوم تلفها) هذا ما جزم به .

في الأنوار واقتضاه كلام جمع ، وقال ابن أبي عصرون : يضمن المثلي بالمثل وجرى عليه السبكي ، وهذا هو الجاري على القواعد فهو المعتمد .

ولو استعار عبدا عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه ؛ لأنه لم يأخذها ليستعملها بخلاف إكاف الدابة قاله البغوي في فتاويه .

S." (٢)

"(ومن غصب مالا) أو غيره (لأحد) ولو ذميا وكان باقيا (لزمه رده) على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده ، ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى لقوله صلى الله عليه وسلم : { على اليد ما أخذت حتى تؤديه } فلو لقي الغاصب المالك بمفازة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف أجرة النقل ، وإن امتنع فوضعه بين يديه برئ إن لم يكن لنقله مؤنة ، ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز ؛ لأنه ينقل ملك نفسه ؛ ولو رد الغاصب الدابة لإصطبل المالك بريء إن علم المالك به بمشاهدة أو إخبار ثقة ولا يبرأ قبل العلم ، ولو غصب من المودع أو المستأجر أو المرتهن برئ بالرد إلى كل من أخذ منه لا إلى الملتقط ؛ لأنه غير مأذون له من جهة المالك في المستعير والمستام وجهان ، أوجههما أنه يبرأ ؛ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك لكنهما ضامنان .

تنبيه : قضية كلام المصنف أنه لا يجب على الغاصب مع رد العين المغصوبة بحالها شيء ، ويستثنى مسألة يجب فيها مع الرد القيمة ، وهي ما لو غصب أمة فحملت بحر في يده ثم ردها لمالكها فإنه يجب عليه قيمتها للحيلولة ؛ لأن الحامل بحر لا تباع ذكره المحب الطبري .

قال : وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاؤه للإمام ، ولا يسقط بإبراء المالك .

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧/٧٦٧

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٨/٣٤٠

ويستثنى من وجوب الرد على الفور مسألتان : الأولى ما لو غصب لوحا وأدرجه في سفينة وكانت في لجة ، وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب." (١)

"ويثبت قطع السرقة بإقرار السارق مؤاخذة له بقوله ، ولا يشترط تكرار الإقرار كما في سائر الحقوق وذلك بشرطين : الأول أن يكون بعد الدعوى عليه فلو أقر قبلها لم يثبت القطع في الحال بل يوقف على حضور المالك وطلبه .

والثاني أن يفصل الإقرار فيبين السرقة والمسروق منه وقدر المسروق والحرز بتعيين ، أو وصف بخلاف ما إذا لم يبين ذلك ؛ لأنه قد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له .

ويقبل رجوعه عن الإقرار بالسرقة بالنسبة إلى القطع ولو في أثنائه ، لأنه حق الله تعالى ومن أقر بمقتضى عقوبة لله تعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر ، كان للقاضي أن يعرض له بالرجوع عما أقر به .

كأن يقول له في الزنا : لعلك فاخذت ، أو لمست ، أو باشرت ، وفي السرقة : لعلك أخذت من غير حرز .

وفي الشرب لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكرا ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال : لمن أقر عنده بالسرقة . { ما إخالك سرقت قال : بلى فأعاد عليه مرتين ، أو ثلاثا فأمر به فقطع } وقال لماعز : { لعلك قبلت ، أو غمزت أو نظرت } رواه البخاري .

ولا يقول له : ارجع عنه لأنه يكون أمرا بالكذب .

وتثبت أيضا بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا .

فلو شهد رجل وامرأتان ، ثبت المال ولا قطع .

ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة الموجبة للقطع كما مر في الإقرار .

ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقيا لخبر أبي داود : { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } فإن تلف ضمنه ببدله جبرا لما فات .

S." (٢)

"المعصوم في الأولى من زيادتي صريح في أنه قيد في الأولى أيضا

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣٥٤/٨

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣٠٨/١٢

وعبارة شرح م ر ولو غصب خشبة مثلا وبنى عليها في ملكه أو غيره ولم يخف من إخراجها تلف نحو نفس أو مال معصوم أخرجت ولو تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه انتهت

فقوله ولم يخف من إخراجها الخ صريح في أنه قيد في الاثنين فلا يظهر كلام س ل

والتعميم الذي ذكره بقوله ولو تلف الخ لا ينافي كونه قيدا فيهما لأن م ر أتى بالتعميم مع أن كلامه صريح في أنه قيد فيهما تأمل

قوله (تلف معصوم) أي ولو للغاصب أي غير البناء الموضوع فوقها فإنه مهدر

قال ابن النقيب وينبغي أن يلحق به ما يبيح التيمم إلا الشين أي في غير الآدمي برماوي والظاهر أن المراد بالتلف ما يشمل نقص الصفة كابتلال القمح ح ل

قوله (كلف إخراجها) لبقاء ملكها

وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب ويغرم قيمتها يدل لنا حديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ز ي

قوله (لم يكن لها قيمة) ولو تافهة

وقوله فهي كالتالفة أي فيغرم مثلها لأنها مثلية ح ل أي لا متقومة خلافا للشارح في بعض كتبه لأن معيارها الوزن ويصح السلم فيها ولا ينافي هذا قولهم في السلم لو أسلم في خشبة عشرة أذرع لأن المدار على ما يحصل به الضبط لا المكيال الأصلي ز ي

قوله (إلى الشط) المراد به أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه كما هو ظاهر لا شط مقصده م ر و ق ل

قوله (كالحربي وماله) قال شيخنا الرملي ومثله المرتد وتارك الصلاة بعد أمر الإمام والزاني المحصن ولو رقيقا كان التحق بدار الحرب بعد زناه واسترق

قوله (من زيادتي) ويمكن جعل قول المنهاج إلا إن يخاف تلف الخ راجعا للصورتين كما قاله م ر فلا زيادة

قوله (ولو وطىء الغاصب أمة) أي ولم يكن أصلا لمالكها كما قاله ح ل

أما إذا كان أصلا لمالكها فلا يحد لماله في مال ولده من شبهة الإعفاف ا ط ف

قوله (ووجب مهر) ويتعدد بتعدد الوطء كما سيأتي في محله ق ل

قوله (ولو زانيا) أي لأنه استوفى منفعة البضع لكن في حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطء وفي حالة العلم يتعدد وإن وطئها مرة عالما وأخرى جاهلا فمهران م ر ا ط ف

قوله (فلا مهر) وأما أرش البكارة فيجب لأنه لا يسقط بمطاوعتها لأنه في مقابلة جزء من بدنها كما لو أذنت في قطع يدها ولو ادعت الموطوأة الإكراه أي لطلب المهر وأنكر الزاني فالمعتمد قول الزاني بيمينه لأن الأصل عدم الإكراه فيجب عليه الحد ولا مهر كذا نقل عن ز ي تبعا لشيخه م ر

ونقل الشهاب الرملي تصديقها ويوجه بأن الأصل ضمان أجزائها وبأن الأصل أيضا ضمان المهر ا هـ ع ش واعتمد الرملي الأول

قوله (إذ لا مهر لبغي) فيه مصادرة وهي أخذ الدعوى في الدليل لأنه علل هنا بالحكم الذي ادعاه وهو أنه لا مهر للزانية والجواب عن هذا ونظائره أن الدليل عام فهو حكم بالكلي على الجزئي الذي هو الدعوى أي والكلي ثابت متقرر ويصح أن يراد بقوله إذ لا مهر لبغي الحديث الوارد فيكون دليلا من السنة

قوله (ماتت على ردتها) فلا مهر لها ولا أرش للبكارة لأنها مهدرة حرة كانت أو أمة ح ل

قوله (ولو كانت بكرا) أي وأزال بكارتها وإلا كالغوراء فالواجب مهر بكر غوراء

قوله (لزمه أرش بكارة مع مهر ثيب) هذا هو المعتمد ومثلها المجنى عليها ويجب مهر بكر بلا أرش بكارة في النكاح الفاسد ومهر بكر وأرش بكارة في البيع الفاسد ق ل

قوله (كوطئه في الحد والمهر) نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا ما لم يقل علمت الغصب فيشترط عذر من نحو قرب إسلام مع عدم مخالطتنا أو خالط وأمكن اشتباه ذلك عليه شرح م ر

قوله (ويجب على الواطىء المهر) أي المتقدم وهو مهر ثيب مع أرش البكارة كما في شرح شيخنا ونقل عنه وجوب مهر بكر لأنه من البيع الفاسد كما تقدم واعتمد شيخنا الأول وخص ما في البيع الفاسد بغير المشتري من الغاصب إذ من المرجحات ذكر الشيء في بابه وهو ظاهر لأن اليد المرتبة على يد الغاصب لها حكم الغصب ا هـ ق ل

قوله (وإن أحبلها) الضمير المرفوع راجع للأحد وإن لم يكن العطف

". (١)

---

(١) حاشية البجيرمي، ١٣١/٣

"ولان الاصل براءة ذمته، خلافا لما عزى للجلال البلقيني من تصديق المعير.

اه.

(قوله: لان الاصل الخ) علة لتصديق المعير.

(وقوله: حتى ينبت مسقطه) أي الضمان، وهو ما مر من كون العارية تكون من مستأجر إجارة صحيحة، أو من المالك للرهن، ونحو ذلك (قوله: ويجب عليه، أي على المستعير مؤنة رد) أي للخبر الصحيح **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولانه قبضها لمنفعة نفسه.

قال في المغني، ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك، إلا إذا حجر على المالك المعير، فإنه لا يجوز الرد إليه، بل إلى وليه.

اه.

(قوله: على المالك) متعلق برد، أي رد، على المالك، أي أو نحوه، من مكتر، وما في معناه، كالموصى له بالمنفعة (قوله: وخرج بمؤنة الرد) هي أجرة حمله أو من يوصله إلى المالك (وقوله: مؤنة المعار) أي من نفقة وكسوة ونحوهما (قوله: وخالف القاضي) ضعيف (قوله: وجاز لكل من المعير الخ) شروع في بيان أن العارية جائز من الطرفين، وإنما كانت كذلك لانها مبرة من المعير، وارتفاق من المستعير، فلا يليق بها الالزام منهما، أو من أحدهما.

(واعلم) أن العقود التي يعتبر فيها عاقدان تنقسم ثلاثة أقسام: أحدها جائز من الطرفين، فلكل من العاقدين فسخه، وهو العارية، والوكالة، والشركة، والقراض، والوديعة، والجعالة قبل الشروع في العمل، أو بعده وقبل تمامه، والوصية للغير بشئ من الاموال، وغير ذلك، كالرهن قبل القبض، والهبة كذلك، والثاني لازم منهما، فليس لاحدهما فسخه بلا موجب يقتضيه، كعيب وهو البيع، والسلم بعد انقضاء الخيار، والصلح، والحوالة، والاجارة، والمساقاة، والهبة بعد القبض، إلا في حق الفرع والوصية بعد موت، وغير ذلك، كالنكاح والخلع، والثالث، جائز من أحدهما، وهو الرهن بعد القبض بالاذن، فإنه جائز من جهة المرتهن، لازم من جهة الراهن والضمان، فإنه جائز من جهة المضمون له، لازم من جهة الضامن.

والكتابة: فإنها جائزة من جهة المكاتب، لازمة من جهة السيد، وهبة الاصل لرفعه بعد القبض بالاذن، فإنها جائزة من جهة الاصل، لازمة من جهة الفرع، وغير ذلك، كالجزية، فإنها جائزة من جهة الكافر، لازمة من جهة الامام، وقد نظمها بعضهم في قوله: من العقود جائز ثمانية وكالة، وديعة، وعارية وهبة من قبل قبض،

وكذا شركة، جعالة قراضية ثم السباق ختمها، ولازم من العقود مثلها وها هيه: إجارة، خلع، مساقاة، كذا وصية، بيع نكاح الغانية

والصلح أيضا، والحوالة التي تنقل حق ذمة لثانيه وخمسة لازمة من جهة: رهن، ضمان، جزية، أمانيه كتابة، وهي ختام يا فتى فاسمع بأذن للصواب واعية وقوله ثمانية، ليس القصد الحصر، وإلا فهي تزيد على ذلك، ومثله يقال في قوله، ولازم من العقود مثلها، وقوله ثم السباق، أي المسابقة، أي عقدها، وفيه أنها إن كانت من غير عوض من أحدهما، فهي لازمة من الطرفين، وإن كانت بعوض من أحدهما، فهي جائزة في حق الآخر، وقوله أمانيه، بتخفيف الياء، ومراده بها الامان، فهو جائز من جهة الكافر، لازم من جهتنا، وزاد بعضهم في اللازمة منهما، فقال: وهبة من بعد قبض يا فتى فإنها من بعد قبض لازمه واستثن أصلا أن يهب لفرعه من بعد قبض الفرع فهي جائزة." (١)

"طريقا كوكيل السوم وإن كذب فهو المستعير والقرار على الراكب .

(ومؤنة الرد) للعارية (على المستعير) من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ولأنه قبضها لمنفعة نفسه أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رد عليه معيره وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين بعد دار معيره وعدمه ويوجه بأنه منزل منزلة معيره ومعيره لو كان في محله لم يلزمه مؤنة فكذا هو فتأمله ليندفع به ما للأذرعي هنا ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيرده لوليه فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد نعم لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد مالكه امتنع رده عليه بل يتعين الحاكم .

(فإن تلفت) العين المستعارة أو شيء من أجزائها ومنها ما أركب مالكها عليها منقطعا ولو تقربا لله تعالى ، وإن لم يسأله لأنها تحت يده ، ومن ثم لو ركب مالكها معه لم يضمن إلا النصف ومنها أيضا نحو إكاف الدابة دون ولدها نعم إن تبعها والمالك ساكت وجب رده فورا إلا ضمن كالأمانة الشرعية ودون نحو ثياب العبد على الأوجه لأنه لم يأخذه ليستعملها (لا باستعمال) مأذون فيه كأن خطت في بئر حالة السير قال الغزي ومن تبعه وقياسه أن عثورها حال الاستعمال كذلك وظاهره أنه لا فرق بين أن يعرف ذلك من

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ١٥٧/٣

طبعها وأن لا ويظهر تقييده بما إذا لم يكن العثور مما أذن المالك في حمله عليها على أن جمعا اعترضوه بأن." (١)

"(وعلى الغاصب) الخروج من المغصوب العقار بنية عدم العود إليه وتمكين المالك منه و (الرد) فورا عند التمكن للمنقول الذي ببلد الغصب والمنتقل عنه ، ولو بنفسه أو فعل أجنبي ، وإن عظمت المؤنة ، ولو نحو حبة وكلب محترم ، وإن لم يطلبه المالك للخبر الصحيح { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } كذا استدلوا به وهو إنما يدل على وجوب الضمان ولعلهم وكلوا ذلك إلى ما هو معلوم مجمع عليه أن الخروج عن المعصية واجب فوري ويكفي وضع العين بين يدي المالك بحيث يعلم ويتمكن من أخذها ، وكذا بدلها كما علم مما مر أول المبيع قبل قبضه أنه يكفي ذلك في الديون كالأعيان وقضية كلامهما في موضع اختصاصه بالعين وجزم به في الأنوار وفي داره إن علم ، ولو بإخبار ثقة ولو غصب من غير المالك برئ بالرد لمن غصب منه إن كان نحو وديع ومستأجر ومرتهن لا ملتقط وفي مستعير ومستام وجهان أوجههما كما اقتضاه كلامهما أنهما كالأول بجامع الضمان وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة كما لو غصب أمة فحملت بحر لتعذر بيعها وقد لا يجب الرد لكونه ملكه بالغصب كأن غصب حربي مال حربي أو لخوف ضرر كأن غصب خيطا وخاط به جرح محترم فلا ينزع منه ما دام حيا إلا إذا لم يخف من نزعه مبيح تيمم أو لملك الغاصب لها بفعله كما يأتي وقد لا يجب فورا كأن غصب لوحا وأدخله في سفينة وكانت في الماء وخيف من نزعه هلاك محترم وكأن أخره للإشهاد كما مر آخر الوكالة .

S." (٢)

"(وعلى السارق رد ما سرق) وإن قطع للخبر الحسن { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } ولأن القطع لله تعالى والغرم للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر ، ومن ثم لم يسقط الضمان والقطع عنه برده المال للحرز (فإن تلف ضمنه) كمنافعه بمثله في المثلي وأقصى قيمة في المتقوم .

S(قوله وعلى السارق رد ما سرق) وأجرته مدة وضع يده وقد يؤخذ من قوله الآتي كمنافعه .." (٣)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٦٦/٢٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٨٠/٢٣

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٧٥/٣٩

"قوله ولا يضمنه المستعير لو تلف في يده ظاهر ذكر هذا عقب ما قبله أن الضمير فيما قبله للمعير وهو خلاف السياق فلو قدم هذا على ما قبله كان أولى

قوله ولا المستعار للرهن أي ولا يضمن المستعار للرهن كما هو قضية السياق وحينئذ فكان الأولى خلاف ما عبر به في قوله ولا ضمان عليه إلخ فتأمل

قوله ولا ما صالح به على منفعة إلخ حق العبارة ولا ما صولح على منفعة أو جعلت منفعته رأس مال سلم أو صداقا على أن هذه الثلاثة ستأتي قوله لما مر أي من خبر **على اليد ما أخذت** قوله وموت الدابة أي بالاستعمال كما نبه عليه الشهاب سم ولعل صورته أنه حملها حملا ثقيلا بالإذن فماتت بسببه بخلاف ما إذا كان خفيفا لا تموت بمثله في العادة فاتفق موتها لما صرحوا به من الفرق بين ما إذا ماتت بالاستعمال وما إذا ماتت في الاستعمال قوله بقيديهما السابقين هما قوله فيما مر بالنسبة للموصى له على ما يأتي تحريره وبالنسبة للموقوف لم يشترط الواقف استيفاءه بنفسه لكن بإذن الناظر قوله أو مستحق منفعة هذا عين قوله السابق ولا ما صالح به إلخ." (١)

"بالسمن إذ هو لو انفصل قوبل بالقيمة إذ هو شحم فتأمل قوله ويجرى إلخ قد يتوقف في جريان الخلاف في هذه المذكورات لتخلف علة الثاني فيها فإن تخمر العصير يخرجه عن المالية فيمكن جعله كالتالف ولا كذلك المذكورات فإنه لم يتوسط بين الصفة العارضة لها وما كانت عليه ما يخرجها عن ذلك فليتأمل إلا أن يقال البيض يصير دما قبل صيرورته فرخا والحب يصير إلى حالته لو أخرج من الأرض وبيع بتلك الحالة لم يكن له قيمة فجعل كالتالف قبل صيرورته فرخا ونباتا قوله فتفرخ أي ولو بفعله كما هو ظاهر وكذا ما بعده

وقياس ذلك أنه لو غصب حطبا وأحرقه أنه يرده مع أرش النقص

نعم إن صار لا قيمة له فيحتمل وجوب رده مع قيمته ا ه سم على حج قوله فصار قزا فيه مسامحة إذ البزر لا يصير قزا وإنما يتولد منه بعد حلول الحياة فيه قوله وعليه أي المالك وقوله إن عصرها أي المالك قوله بخلاف ما مر في جلد الشاة أي حيث لم يرد فيها ما يقوم مقام الشاة ولا يقال القيمة منزلة منزلتها لما أشار إليه بقوله من كل وجه قوله كجلد الميتة أي وكما لو نجس زيته فإنه يغرم بدله والمالك أحق بزيته ا ه شيخنا زيادي

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ١١٧/٥

مع أنه رد مثل الزيت من كل وجه قوله وقضية تعليل الأول إخراج الخمرة نازع حج في كون ذلك قضيته فقال وليس قضيته إخراج غير المحترمة خلافا لمن ادعاه لأن ملكه هو العصير ولا شك أن خل المحترمة وغيرها فرع عنه ومن ثم سوى المتولي إلخ ا هـ

نعم ما ذكره الشارح مقتضى قول المحلي لأنهما فرع ما اختص به ا هـ

وذلك لأن الخمرة الغير المحترمة تراق على عاصرها فلم يصدق على خلها أنه فرع ما اختص به قوله وإذا لم يعرض عنه أي الجلد قوله لعموم الخبر أي وهو قوله {صلى الله عليه وسلم} **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه قوله لأن الأصل عدم التذكية أي وبراءة ذمة الغاصب أيضا

". (١)

" لكن تستثنى ثلاث مسائل من هذا أي من رد المغصوب حالا . المسألة الأولى – لو غصب الغاصب زورقا فلحقه المغصوب منه في وسط البحر فليس له استرداده حالا ويؤجر للغاصب إلى أن يخرج إلى الساحل . المسألة الثانية – لو غصب الغاصب دابة وفر بها فلحقه المغصوب منه في المفازة فليس له أن يستردها في الحال بل له أن يؤجرها منه لحين الوصول إلى مأمن (الخانية ، الهندية في الباب السادس) . المسألة الثالثة – لو غصب الغاصب ظرفا فوضع فيه زيته وخرج إلى الطريق ، فلحقه المغصوب منه فليس له أن يسترد الظرف لحين أن يتدارك ظرفا آخر ، ويؤجر الظرف له إلى ذلك الحين انظر شرح المادة (٨٣٨) . – * * * * * – ٨ – يلزم رده وتسليمه : يثبت لزوم الرد بالدليل الشرعي والعقلي فقد قال صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } يعني على صاحب اليد أن يرد ما أخذه عينا إن كان موجودا وبدلا إن كان مستهلكا الزيلعي ، العناية ، أبو السعود . ونورد الدليل العقلي على الوجه الآتي أيضا : إن الغاصب بغصبه المغصوب يزيل يد المغصوب منه والحال أن اليد مقصودة أيضا ؛ لأن المالك يتوصل باليد إلى تحصيل ثمرات ملكه وثمرات الملك هي الانتفاع به الزيلعي انظر المادة (٩٧) وشرحها . يعني لو غصبت البقرة استلزم ذلك إزالة يد صاحبها عنها وحرمانه من لبنها وإنتاجها . وعليه يلزم الغاصب فسخ الغصب لدفع ضرر المغصوب منه حتى أنه لو غصب أحد فرسا من مديونه لزمه رده لمديونه حالا . وليس له أن يمتنع عن إعادته بقول لا أعطيه إياه ما لم يفي ديني أو إنني أحبسه على أنه رهن في مقابل ديني (النتيجة) . ويسمي الأصوليون رد عين المال على الوجه المشروح (الأداء الكامل الموصوف بوصف

---

(١) حاشية المغربي على نهاية المحتاج، ١٦٧/٥

مشروع) ؛ لأن رد العين بحسب الحقيقة عبارة عن تسليم عين الواجب (شرح المجمع) . وعلى الغاصب رد المال المغصوب وتسليمه سواء أكان واقفا على كونه مال الغير أو لم يكن واقفا على ذلك كأن ظن ما أخذه مالا له ؛ لأن حق العبد لا يتوقف على القصد ؛ لأن ضمان العدوان ناشئ عن تفويت حق العبد وحق العبد مرعي (الهداية والكفاية) وانظر شرح المادة (٢) . والحاصل كما أنه يلزم رد المغصوب إذا كان منقولا يلزم رده أيضا إذا كان عقارا ويبرأ الغاصب إذا رد المغصوب وأعاده على الوجه المحرر كما هو مذكور في المادة (٨٩٢) (مجمع الأنهر) وتعبير الرد والتسليم معطوف على العين المغصوبة فيلزم رد تسليم العين المغصوبة وهذا التعبير احترازي عن رد بدل المنافع فلو رد وأعاد الغاصب المال الذي استعمله عينا لصاحبه فلا يلزمه إعطاء أجرة المدة التي استعمله فيها ما لم يكن المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو معدا للاستغلال الأنقروي انظر المادة (٥٩٦) حتى لو آجر الغاصب المغصوب من آخر وأخذ أجرته فلا يلزمه إعطاء الأجرة المأخوذة للمغصوب منه قضاء انظر المادة (٤٤٧) وشرحها - * * * * * - . اختلافات الغاصب والمغصوب منه حين الرد والإعادة لو اختلف الغاصب والمالك أي المغصوب منه أثناء رد المال المغصوب وتسليمه فقال المغصوب منه إن المال المغصوب ليس هذا وقال الغاصب إنه المغصوب فالقول للقابض الذي هو الغاصب ؛ لأن القاعدة أن القول للقابض سواء كان ضمينا كالغاصب أو كان أمينا كالمستودع انظر شرح المادة (١٨٦)

". (١)

" حق وشهد الشهود بأن المدعي كان واضع اليد على هذا المال قبل شهر فبما أن هذه الشهادة لم تكن شهادة بملك المدعي بل هي شهادة على وضع يده السابق فلا تقبل ؛ لأن وضع يد المدعي السابق كما أنه محتمل أن يكون على وجه الملكية يحتمل أيضا أن يكون وديعة أو مستعارا أو مأجورا أو مغصوبا فالشهادة تكون واقعة على المجهول ففيها شك ولا يجوز الحكم بالشك (تكملة رد المحتار والشبلي) فلذلك لا يؤمر المدعى عليه بأن يعيد ذلك المال إلى المدعي الثابتة يده قديما حيث إنه ثابت وضع يد الواضع اليد في الحال بالمعاينة أما وضع يد الطرف الآخر فهو ثابت بالشهود والأول أقوى من الثاني ؛ لأن المشاهدة بالعين تفيد علم اليقين وأما الشهادة فتفيد غلبة الظن (الزيلعي) . أما في الثلاث الصور الآتية

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٥٨/٢

فيحكم بإعادة ذلك المال إلى واضع اليد الأول وهي : ١ - إذا شهد الشهود بأن المدعى عليه قد أحدث يده على ذلك المال بعد ذلك فيحكم بالإعادة لقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } (الزيلعي) . ٢ - إذا أقر المدعى عليه بأن اليد للمدعي . ٣ - إذا شهد الشهود بأن المدعى عليه قد أقر بأن اليد للمدعي ؛ لأن حاصل ذلك جهالة المقر به وهي لا تمنع صحف الإقرار بل يصح ويلزمه البيان (الشبلي وأبو السعود) انظر المادة (١٥٧٩) وشرحها . ولكن لا يكون المدعى عليه محكوما بذلك فعليه لو أثبت المدعى عليه بعد هذه الإعادة بأن ذلك المال هو ماله وملكه فله أخذه (تكملة رد المحتار) . أما عند الإمام الثاني فالشهادة على اليد المنقضية مقبولة . فعليه إذا ثبتت اليد المنقضية يؤمر المدعى عليه بإعادة المال المدعى به إلى الواضع اليد عليه الأول ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالعيان أو بإقرار الخصم حيث إنه لو أقر المدعى عليه بوضع يد المدعي السابق على ذلك المال يؤمر المدعى عليه بالاتفاق بإعادة المال للمدعي فكذلك إذا شهد الشهود بأن المدعى به كان في يد المدعي وأن المدعى عليه قد أخذه أو غصبه منه أو أن المدعي قد أودع أو أعار ذلك المال للمدعى عليه فتقبل شهادتهم ولو لم يشهدوا على ملك المدعي ويحكم بإعادة المال للمدعي . أما الشهادة على يد الميت فهي مقبولة بالاتفاق . فعليه لو ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلا : إنه ملكي ، كان ملكا لمورثي فلان وقد أصبح موروثا لي بوفاته فشهد الشهود بأن هذا المال كان في يد مورثه فلان حين وفاته يكفي ولا حاجة لشهادتهم بأنه كان ملك المتوفى وفي هذه الصورة يحكم على المدعى عليه برد ذلك المال للمدعي حيث إن يد الميت لا تتنوع كيد الحي ؛ لأن يد الميت لو كانت أمانة فبوفاته مجهلا تنقلب الأمانة ملكا (تكملة رد المحتار) انظر المادة (٨٠١) . - * * * * * - المادة (١٦٩٥) - (إذا ادعى أحد على آخر دينا فإن شهدت الشهود بأن المدعى عليه مدين للمدعي بما ادعى به يكفي ولكن إذا سأل الخصم عن بقاء الدين إلى وقت الادعاء وقالت الشهود : لا ندري ، ترد شهادتهم) . إذا ادعى أحد على آخر دينا معلوم المقدار فإن شهدت الشهود بأن المدعى عليه مدين للمدعي بذلك

"[1].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٣٣٩

"ما يعبر به عن الجملة بطريق التجوز كرقبتك، وإلا فالكل يعبر به عن الجملة كما في الفتح، وهو أظهر مما في الزيلعي من أن الروح والبدن والجسد مثل أنت كما في البحر، لان الروح بعض الجسد، وكذا الجسد باعتبار الروح والبدن لا تدخل فيه الاطراف.

أفاده في النهر.

قوله: (كالرقبة الخ) فإنه عبر بها عن الكل في قوله تعالى: * (فتحرير رقبة) * (سورة النساء: الآية ٢٩) والعنق في * (فظلت أعناقهم

لها خاضعين) * (سورة الشعراء: الآية ٤) لوصفها بجمع المذكر الموضوع للعاقل والعقل للذوات لا للاعضاء، والروح في قولهم: هلكت روحه أي نفسه، ومثلها انفس كما في * (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) * (سورة المائدة: الآية ٤).

قوله: (الاطراف الخ) أي اليدان والرجلان والرأس، وهذه التفرقة بين الجسد والبدن عزاها في النهر إلى ابن كمال في إيضاح الاصلاح، وعزاها الرحمتي إلى الفائق للزمخشري والمصباح.

ورأيت في فصل العدة من الذخيرة: قال محمد: والبدن هو من أليتيه إلى منكبيه.

قوله: (والفرج) عبر به عن الكل في حديث: لعن الله الفروج على السروج قال في الفتح: إنه حديث غريب جدا.

قوله: (والوجه والرأس) في قوله تعالى: * (كل شئ هالك إلا وجهه) * (سورة القصص: الآية ٨٨) * (ويبقى وجه ربك) * (سورة الرحمن: الآية ٧٢) أي ذاته الكريمة، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق، وأنا بخير ما دام رأسك سالما، يقال مرادا به الذات أيضا.

فتح.

قال في البحر: وفي الفتح من كتاب الكفالة: ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه.

قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق، إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال عين القوم، وهو عين في الناس، ولعله لم يكن معروفا في زمانهم، أما في زماننا فلا شك في ذلك اه.

قوله: (وكذا الاست الخ) قال في البحر: فالاست وإن كان مرادفا للدبر لا يلزم مساواتهما في الحكم، لان الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل، ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه في

التعبير اه.

والحاصل أن الاست والفرج يعبر بهما عن الكل، فيقع إذا أضيف إليهما، بخلاف مرادف الاول وهو الدبر، ومرادف الثاني وهو البضع، فلا يقع لعدم التعبير بهما عن الكل، ولا يلزم من الترادف المساواة في الحكم، لكن أورد في الفتح أنه إن كان المعتبر اشتهار التعبير يجب أن لا يقع بالاضافة إلى الفرج: أي لعدم اشتهار التعبير به عن الكل، وإن كان المعتبر وقوع الاستعمال من بعض أهل اللسان يجب أن يقع في اليد بلا خلاف، لثبوت استعمالها في الكل في قوله تعالى: * (ذلك بما قدمت يداك) * أي قدمت، وقوله (ص): **على اليد ما أخذت** حتى ترد اه.

قلت: قد يجاب بأن المعتبر الاول، لكن لا يلزم اشتهار التعبير به عن الكل عند جميع الناس،

بل في عرف المتكلم في بلدن مثلا، فيقع بالاضافة إلى اليد إذا اشتهر عنده التعبير بها عن الكل، ولا يقع بالاضافة إلى الفرج إذا لم يشتهر.

ثم رأيت في كلام الفتح ما يفيد ذلك حيث قال ووقوعه بالاضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل، لا باعتبار نفسه مقتصرا، ولذا لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني: لا يبعد أن يقال لا يقع، لكن ينبغي أن يكون ذلك ديانة.

وأما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق.

ولو قال عنيت باليد صاحبتها كما أريد ذلك في الآية والحديث وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع، لان الطلاق مبني على العرف،." (١)

"المصنف.

حموي.

وقيل: إن كان الحائط جديدا أمر بإعادته، وإلا لا.

وفي البزازية: هدم جدار غيره من التراب وأعاده مثل ما كان برئ، وإن كان من الخشب فأعاده كما كان فكذلك، وإن بناه من خشب آخر لا يبرأ لانه متفاوت، حتى لو علم أن الثاني أجود يبرأ اه.

وفيها: لو فيه تصاوير مصبوغة يضمن قيمة الجدار والصبغ لا التصاوير لانها حرام اه:

يعني إذا كانت لذي روح، وإلا فيضمن قيمتها أيضا.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٨٢/٣

أبو السعود.
وهذا في غير الوقف.
بيري.
وأما الوقف فيأتي قريبا.
قوله: (إلا في حائط المسجد) لم يذكر قاضيخان على سبيل الاستثناء كما ذكره المصنف، ولم يظهر لي الفرق بين حائط المسجد وحائط غيره، والعلة بأنه ليس من ذوات الامثال جارية في حائط المسجد.
حموي.
وفي شرح البيري: أما الوقف فقد قال في الذخيرة: وإذا غصب الدار الموقوفة فهدم بناء الدار وقطع الاشجار للقيم أن يضمنه قيمة الاشجار والنخيل والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها، ويضمن قيمة البناء مبنيا وقيمة النخيل نابتا في الارض، لان الغصب ورد هكذا اه.
مطلب فيما لو هدم حائط أقول: ومقتضاه أنه إذا أمكنه رد البناء كما كان وجب، ولم يفصل فيه بين المسجد وغيره من الوقف ولهذا قال البيري فيما سبق: وهذا في غير الوقف.
وفي إجازات فتاوى قارئ الهداية فيمن استأجر دارا وقفا فهدمها وجعلها طاحونا أو فرنا، أجاب بأنه ينظر القاضي إن كان ما غيرها إليه أنفع وأكثر ريعا أخذ منه الاجرة وأبقى ما عمره للوقف وهو متبرع، وإلا ألزم بهدمه وإعادته إلى الصفة الاولى بعد تعزيزه بما يليق بحاله اه.
فظهر أن لا فرق بين المسجد وغيره من الوقف، بخلاف الملك ويحتاج إلى وجه الفرق كما مر، ولعله قولهم يفتي بما هو أنفع للوقف، ولا شك أن تعميريه كما كان أنفع من الضمان.
تأمل.
ثم رأيت في حاشية الرملي على الفصولين عن الحاوي: ولو القى نجاسة في بئر خاصة يضمن النقصان دون النزح وفي بئر العامة يؤمر بنزحها كما مر في هدم حائط المسجد، لان للهادم نصيبا في العامة ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه في إيجاب الضمان، بخلاف الخاصة اه.
قوله: (وفي القنية الخ) ونصها: رجل كان يتصرف في غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف في ما لها بغير إذنها فعليك الضمان، فقال الزوج بل بإذنها، فالقول قول الزوج لان الظاهر شاهد له: أي والظاهر يكفي للدفع.

حموي.

قلت: وسيأتي في شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا في الاذن وعدمه فالقول لمنكره.

تأمل.

مطلب في رد المغصوب وفيما لو أبى المالك قبوله قوله: (ويجب رد عين المغصوب) لقوله عليه الصلاة والسلام: **على اليد ما أخذت** حتر ترد." (١)

"أخذته عارية فقال بل بيعا فالقول للآخذ لانكاره البيع، وهذا إذا لم يلبسه بزازية والعلة في عدم الضمان هو اتفاقهما أن الاخذ كما بالاذن سائحاني.

ولعل العارية محرفة عن الوديعة، لان اللبس في العارية مباح دون الوديعة، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع، فلا يصلح اللبس هنا فارقا، لكن في البدائع قال: أعرتني ثوبك فهلك وقال المقر له لا بل غصبته، فإن الهلاك بعد اللبس يضمن، لان لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل، فدعوى الاذن فدعوى براءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة ا هـ.

قوله: (وهو سبب الضمان) قال صلى الله تعالى عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترده أي ثم بعد إقراره بالاخذ ادعى

ما يوجب براءته، وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر، فكان القول له بيمينه، فإن نكل عنه لا يلزم، أما لو قال له بعد قوله أخذتها وديعة بل أخذتها قرضا يكون القول للمقر، لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل بالإذن، وهو لا يوجب الضمان، ثم إن المالك يدعي عقد القرض والمقر ينكره فالقول له، ومثله لو قال أخذتها بيعا بعد قوله ما تقدم.

أفاده المصنف ومثله في العيني.

قوله: (أعطيتنيه) قال الخير الرملي: ومثله دفعتها لي وديعة ونحوه مما يكون من فعل المقر له.

تأمل.

قوله: (لانكاره الضمان) قال المصنف: لانه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له، فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان، وهو ينكر والقول قول المنكر.

قال في الهداية: والفرق أن في الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤٧٩/٦

والآخر ينكره، فيكون القول له مع اليمين، وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي بسبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر فيكون القول للمنكر مع اليمين.

ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية أعرتني هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان وإلا ضمن، وكذا دفعتها لي عارية أو أعطيتنيها عارية.

وقال أبو حنيفة: إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن، وإذا قال أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لانه منكر الثمن، فإن لبس ضمن أعرتني هذا فقال لا بل أجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته حيث يضمن إن كان استعمله ا هـ.

قوله: (وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه، إلا أن يقال كان موجودا حين الاشارة ثم استهلكه المقر.

تأمل.

قوله: (لاقراره باليد ثم بالاخذ منه) أي ثم ادعى الاستحقاق بعد فلا يصدق بلا برهان.

قوله: (وصدق من قال آجرت فلانا فرسي هذه الخ) أقول صورة المسألة: في يد إنسان فرس أو ثوب فقال مخاطبا لزيد إنك كنت أجرت أو أعرت فرسي هذه أو ثوبي هذا لعمرو فرده عمرو علي وكذبه عمرو: أي قال لم أستأجره ولم أستعره فالقول للمقر الذي هو ذو اليد، ولا يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقرارا لزيد بالملك لقوله فرسي أو ثوبي.

تأمل.

ذكره في الحواشي الخيرية.

قوله:." (١)

"خاصة والامانة عامة، والوديعة بالعقد والامانة أعم، فتنفرد فيما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره، وتقدم أنه يبرأ عن الضمان في الوديعة إذا عاد إلى الوفاق، والامانة غيرها لا يبرأ عن الضمان بالوفاق ط.

ومثله في النهاية والكفاية.

قال يعقوب باشا: وفيه كلام، وهو أنه إذا اعتبر في إحداهما القصد وفي الاخرى عدمه كان بينهما تباين لا

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/٢٨٠

عموم وخصوص.

والاولى أن يقال: والامانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى.

لكن يمكن الجواب بأن المراد.

بقوله: (والامانة ما يقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد)، لان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين، بل هي أعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد بغير تدبر.

وما في العناية من أنه قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد فيه كلام، وهو أن الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منها، لان التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين.

والاول أن يقول: والوديعة ما تترك عند الامين كما في هذا المختصر.

داماد.

قوله: (والاداء عند الطلب) أي إلا في مسائل ستأتي: منها ما إذا كانت سيفا وأراد قتل آخر ظلما كما في الدر المنتقى.

قوله: (واستحباب قبولها) قال الشمني: وشرعية الايداع.

بقوله تعالى: * (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) * (النساء: ٨٥) وأداء الامانة لا يكون إلا بعدها، ولان قبول الوديعة من باب الاعانة لان يحفظها لصاحبها، وهي مندوبة لقوله تعالى: * (وتعاونوا على البر والتقوى) * (المائدة: ٢) وقوله صلى الله تعالى عنه وسلم: والله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ا هـ.

قال الزيلعي: وقال عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، وحفظها يوجب سعادة الدارين، والخيانة توجب الشقاء فيهما الخ.

ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله واستيجابه الاجر والثناء.

حموي.

والحاصل: أنه يبتنى على الايداع أربعة أشياء: كون الوديعة أمانة، ووجوب الحفظ على المودع، ووجوب الاداء عند الطلب، واستحباب قبولها.

قوله: (فلا تضمن بالهلاك) تفريع على كونها أمانة.

قوله: (إلا إذا كانت الوديعة بأجر) سيأتي أن الاجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان، وبه يفتى. وأيضا قول المصنف قريبا واشتراط الضمان على الامين باطل به يفتى، فكيف يقال مع عدم الشرط أنه يضمن.

وفي البزازية: دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف فذكر أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى، لكن قال الخير الرملي: صرح الزيلعي في كتاب الاجارة في باب ضمان الاجير الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة، وسيأتي مثله في الشرح، ومثله في النهاية والكفاية شرح الهداية وكثير من الكتب ا هـ.

وعللوه بأن الحفظ حينئذ مستحق عليه كما قدمنا.

فأفاد أن الاجرة تخرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان.

وفي صدر الشريعة: إذا سرق من الاجير المشترك والحال أنه لم يقصر في المحافظة يضمن عندهما، كما في الوديعة التي تكون بأجر فإن الحفظ مستحق عليه.

وأبو حنيفة يقول: الاجرة في مقابلة العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بلا أجر ا هـ.

فأفاد أن الوديعة بأجر مضمونة اتفاقا وبلا أجر غير مضمونة اتفاقا، وأما الاجير المشترك فيضمن عندهما، لان الاجرة في مقابلة العمل والحفظ، ولا." (١)

"ملك الغاصب دون المالك، لان المنافع تحدث في يد الغاصب.

وأما حكم الغصب.

فمن حكمه – وجوب رد العين المغصوبة – ما دامت قائمة من غير نقصان – لقوله عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى ترد ".

ومن حكمه أيضا – وجوب ضمان النقصان إذا انتقص.

ثم لا يخلو: إما أن يكون النقصان بسبب تراجع السعر، أو بفوات جزء من العين، أو بفوات وصف أو معنى مرغوب في العبد تزداد قيمته به.

أما النقصان بسبب السعر – فغير مضمون في الغصب، لانه فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد، لا معنى يرجع إلى العين.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/٤٧٠

ولهذا لا يعتبر في الرهن، والمبيع إذا كان في يد البائع: حتى لا يسقط الدين بقدره، ولا يثبت الخيار للمشتري، لما قلنا.

وأما النقصان الذي يرجع إلى العين أو الوصف – فلا يخلو: إما إن كان في أموال الربا كالمكيل والموزون الذي لا يجوز بيع البعض بجنسه متفاضلا، أو في غير ذلك.

فإن كان في أموال الربا – بأن غصب حنطة ونحوها فصب فيها ماء، أو غصب دراهم أو دنانير فانكسرت في يده وصارت قراضة (١): فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه ولا شئ له غير ذلك، وإن شاء تركه وضمنه مثله وزنا ولا يضمن نقصان الضرب.

– وإن كان إناء فضة فهو بالخيار أيضا: إن شاء أخذه ولا شئ له غير ذلك، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب.

---

(١) قرضه يقرضه قطعه.

والقراضة بالضم ما سقط بالقرض.." [١]

" وإلا لغا الكلام الثاني قال رحمه الله (وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر بعنها كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد والفرج والوجه أو إلى جزء شائع منها كنصفها أو ثلثها تطلق) لأنه أضافه إلى محله أما إذا أضافه إلى جملتها بأن قال أنت طالق فظاهر لأن كلمة أنت ضمير المخاطبة وكذلك الروح والبدن والجسد وأما غيرها فلأنها تذكر ويراد بها جملتها قال الله تعالى ! ٢ [٢] ٢ ! والمراد ذاتهم ولهذا جمع هذا الجمع وقال الله تعالى ! ٢ [٣] ٢ ! وقال تعالى ! ٢ [٤] ٢ ! وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج ويقال أمري حسن ما دام رأسك أي ما دمت باقيا وهؤلاء رءوس القوم والجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع ونحوه فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل بخلاف البيع لأن النفس تتجزأ في حقه فيقتصر على الجزء المضاف إليه لعدم الحاجة إلى التعدي قال رحمه الله (وإلى اليد والرجل والدبر لا) أي إن أضاف الطلاق إلى هذه الأعضاء لا يقع

---

(١) تحفة الفقهاء، ٣/٩١

(٢) فظلت أعناقهم لها خاضعين

(٣) فتحرير رقبة

(٤) ويبقى وجه ربك

لأنها لا يعبر بها عن الجملة وباعتباره كان الوقوع فيما تقدم حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لم يقع في الأصح وقال زفر والشافعي يقع إذا أضافه إلى اليد أو الرجل ونحوه مما لا يعبر به عن الجملة لأنه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فتثبت فيه قضية الإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف إضافة النكاح إليه لأن الحرمة في غيره تغلب الحل فيه لما عرف فصار كما لو قال طلقتك شهرا تطلق دهرا ولو قال تزوجتك شهرا لا يصح ولنا أن الطلاق شرع لرفع القيد فيختص بمحل القيد ومحله ما يجوز إضافة النكاح إليه لا ما يدخل تبعا كملك الرقبة تدخل فيه الأطراف تبعا ولا يجوز إضافة الشراء إليها بخلاف الجزء الشائع لأنه يجوز إضافة النكاح إليه فيكون محلا للطلاق وحل الاستمتاع به تبع لورود الحل في جميعها فلا يجعل أصلا كما في إضافة النكاح إليه والأصح أنه لا يقع في الظهر والبطن والبضع وذكر في الدم روايتان هنا وقال في العتاق إذا قال دمك حر لا يعتق وصح في كتاب الكفالة صحة التكفيل به فعلم بمجموع ما ذكرنا أنه لا يقع إلا بما يعبر به عن جميع البدن ولا يلزم على هذا اليد والقلب لأنهما يعبر بهما عن الجميع بقوله تعالى ! ٢ [١] ٢ ! وبقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** وبقوله تعالى ! ٢ [٢] ٢ ! وبقوله تعالى ! ٢ [٣] ٢ ! أي بينهم ولهذا قال ! ٢ [٤] ٢ ! لأنا نقول لم يعرف استمرار استعماله لغة ولا عرفا وإنما جاء بها على وجه الندرة حتى إذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع به الطلاق أي شيء كان ذلك العضو قال رحمه الله (ونصف التطليقة أو ثلثها طلقة) أي إذا طلقها نصف التطليقة أو ثلثها وقعت واحدة وكذا في كل جزء شائع لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء وتغليبا للمحرم عن المبيح وإعمالا للدليل بالقدر الممكن لأنه إذا لم يتكامل يؤدي إلى إبطال الدليل قال رحمه الله (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) أي إذا طلقها ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث تطليقات لأن

". [٥]

---

(١) تبت يدا أبي لهب وتب

(٢) فإنه آثم قلبه

(٣) ما ألفت بين قلوبهم

(٤) ولكن الله ألف بينهم

(٥) تبيين الحقائق، ٢/٢٠٠

" مضمونا عليه وصاحبها أيضا يرضى بالأخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وإنما قلنا بأنه مأذون فيه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم { من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء } رواه أحمد وابن ماجه . وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له أن يرفعها لأن مال الغير لا يجوز إثبات اليد عليه إلا بإذنه كما لا يجوز تناوله إلا بإذنه وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها والترك أفضل لأن صاحبها يطلبها في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها قالوا إذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع في المحرم وإذا أخذها عرفها حتى يوصلها إلى مالكها ,والإشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وإن لم يشهد لأن إقراره حجة عليه كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب وقال صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } وإن لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لأن أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد ولأن الملتقط منكر والمالك مدع للضمان فالقول قول المنكر ولهما أنه أخذ مال الغير بغير إذنه وهو سبب الضمان فيضمن . وهذا لأن الإذن مقيد بالإشهاد على ما روينا وإذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الإمكان وأما إذا لم يمكنه بأن لم يجد أحدا يشهده أو خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لأن ترك الإشهاد إنما يدل على أنه أخذها لنفسه عند القدرة وإن أشهد عند الأخذ وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره إن ردها بعدما حولها ضمن لأنه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما إذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقا لأن الظاهر أنه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر قال رحمه الله (وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها) أي عرف اللقطة إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها وروى محمد عن أبي حنيفة

." (١)

" عين ملك المورث مستمرا إلى هذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما في الحي إذا أثبت أنها كانت له يحكم له بها ولا يكلف إقامة البينة على أن ملكه ثابت في هذا الوقت وكما إذا ادعى في يد إنسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له يكتفي بذلك ويقضي له بها ولا يكلف إقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لأن ما ثبت فهو باق إلى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما أن ملك الوارث متجدد ثبت له بعد إن لم يكن ثابتا ألا ترى أنه يثبت في حقه أحكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغني أكل صدقة ورثها من الفقير ، ولولا تجدد الملك لما حل له ، فإذا كان متجددا فلا بد من إثبات النقل إليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا بإثبات ملك الميت قبل الموت لأن بقاء ملكه إلى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجتنا إليه لأن مالكية الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال . ألا ترى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها ، وإن كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما إذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها لأنا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف إقامة البينة أنه كان مالكا لها وقت البيع لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة لا إلى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لأن الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون إثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء ، وأما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملك المورث وقت الموت لا إلى الموت لأن الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لإبطاله فكم من موت ليس فيه إيجاب الملك لأحد ألا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال : إن مات سيدك فأنت حر لا يصح ، ولو كان سبب الملك لصح كما إذا قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر . قال رحمه الله (، ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت) أي إذا شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي

(١) تبيين الحقائق، ٣٠٢/٣

يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل كما إذا شهد أنها كانت ملكه منذ شهر ، وهذا لأن الملك متى ثبت يبقى إلى أن يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما إذا شهدا بالأخذ من المدعي أو بالإقرار منه باليد له ولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير متنوع وبخلاف الأخذ لأنه معلوم أيضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } وكذا الإقرار باليد معلوم على ما يجيء ولأن يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لأن العيان يوجب العلم ، والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثر إثباتا قال رحمه الله (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي) أي لو أقر المدعى عليه باليد للمدعي أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعي منذ أشهر دفع ذلك إلى المدعي لأن الإقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ألا ترى أنه لو قال لفلان علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم (باب الشهادة على الشهادة) قال رحمه الله (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي تجوز الشهادة على

---

(١) ".

" أقر بسبب الضمان وهو الأخذ لأن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله { عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر بإقراره بسبب الضمان إلا أن ينكل الخصم عن اليمين ، وهذا بخلاف ما إذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بإذنه والأخذ بإذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ إلا باعتبار عقد الضمان ، فالمالك يدعي عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا إذا أقر بأخذ الثوب وديعة ، وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال : أعطيتنيها وديعة وقال : غصبتنيها لا) أي لو قال المقر أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت وقال المالك : لا بل غصبتها مني لا يضمن المقر لأنه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٢٣٧

بسبب الضمان ، والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر ، والإقرار بالقبض كالإقرار بالأخذ فيوجب الضمان ، والإقرار بالدفع كالإقرار بالإعطاء فلا يوجب الضمان . فإن قيل إعطاؤه والدفع لا يكون إلا بقبضه فوجب أن يكون إقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لأنه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لأنه عدم في حق غيره قال رحمه الله . (وإن قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال : هو لي أخذه) لأن المقر أقر باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين إن كان قائما وإلا فقيمته وكذا لو قال أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقر دفعها إليه لما ذكرنا . قال رحمه الله (وإن قال آجرت بعيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه أو لبسه فرده فالقول للمقر) ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإقرار بالإعارة أو الإسكان ثم أخذه منهم وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل إقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر وجه الاستحسان أن اليد في الإجارة والإعارة ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون إقرارا

". (١)

" مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية ، وعلى نصف القيمة وصار كما إذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير إلى أجل لا يجوز ، ولو كان بدلا عن العين لجاز ولأبي حنيفة رحمه الله أن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما إذا كانت قائمة حقيقة ، وهذا لأن الواجب في ذمته المثل من كل وجه ، وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لأن وجوبها في الذمة ممكن ، ألا ترى أن الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدرات يجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في المغصوب إذ لا تعذر في نفس الوجوب إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لأن الآخذ

---

(١) تبيين الحقائق، ٢١/٥

والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لأن الموجب هو الله تعالى ، وهو عالم به فكان الواجب مثله فإذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون ربا لأنه ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين أو نقول : إن العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ، ألا ترى أنه لو اختار التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ، ولو كان آبقا فعاد من إباقه كان مملوكا له فإذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ، ولا ربا فيها كما في حال قيام العين أو نقول إن الواجب في الأصل رد العين لقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ، وإنما يصار إلى القيمة عند الضرورة وهي في حق الأخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة لإمكان جعله بدلا عن العين ، والدية مقدرة شرعا على ما بينا ، وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا بما هو فوقه وإنما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير النقدين إلى أجل لأن المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين ، والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف إذا كان مؤجلا حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز ، ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز إلا إذا كان معينا لأنه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز في غير السلم ، ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من المقدرات لأنه ليس عين الواجب ، وإنما هو بدل عنه بالإجماع . قال رحمه الله (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه

". (١)

" نهيا له عن العموم ، وهو يملك ذلك فصح نهيه ، ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لأنهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الإذن أولى ، والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة ، ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال : دفعت إليك مضاربة أن تعمل في بز في رمضان وقال المضارب دفعت إلي لأعمل في طعام في شوال ، أو بالعكس وأقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال أولى لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما ، وإن لم يوقتا وقتا ، أو وقتا وقتا واحدا ، أو وقتت إحداهما دون الأخرى يقضي بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا ، وقد بينا

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٣٩

المعنى والله تعالى أعلم (كتاب الوديعة) قال رحمه الله (الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله الوديعة ما يترك عند الأمين) هذا في الشرع وفي اللغة : الوديعة مشتقة من الودع ، وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام { لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين } أي تركهم إياها قال الله تعالى { ما ودعك ربك وما قلى } قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشيء المتروك وقال عليه الصلاة والسلام { الإيمان نور الله تعالى أودعه في قلوب المؤمنين } فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الأمانات فإنه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه } رواه أبو داود والترمذي وقال عليه الصلاة والسلام { أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك } رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام { الأمانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر } وروي أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها يوسف عليه السلام فقيل إنها زليخا فتزوجها مرحمة عليها ، ثم شرط الوديعة إثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع أودعتك هذا المال ، أو ما يقوم مقامه من الأقوال والأفعال والقبول من المودع بالقول والفعل ، أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده قال رحمه الله (وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

(١) ".

" بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ، قال رحمه الله (وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي) لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا تؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لأنه محله ومنحتك ثوبي معناه إذا لم يرد به الهبة لأن المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطى الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيئا منح وإذا أراد به

(١) تبيين الحقائق، ٧٦/٥

الهبة أفاد ملك العين وإلا بقي على أصل وضعه . قال رحمه الله (وحملتك على دابتي) أي إذا لم يرد به الهبة لأن هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فإذا نوى أحدهما صحت نيته ، وإن لم يكن له نية حمل على الأدنى كي لا يلزمه الأعلى بالشك . قال رحمه الله (وأخدمتك عبدي) لأنه يراد به العارية لأنه أذن له في الاستخدام . قال رحمه الله (وداري لك سكنى وداري لك عمري سكنى) لأن قوله داري لك محتمل يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها ، وقوله سكنى محكم في إرادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لأن قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل . . قال رحمه الله (ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام { المنحة مردودة والعارية مؤداة } ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك . قال رحمه الله (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن إذا هلكت في غير حالة الاستعمال لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقال عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** } والمراد بمثله من يأخذ لنفسه ، وقال عليه الصلاة والسلام { العارية مضمونة } وقد { استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم أحد فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنا اليوم في الإسلام راغب } رواه أحمد وأبو داود والإذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لأن القبض فيها عن استحقاق

---

(١) ".

" ولأنه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لأنه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ، ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ، ولهذا إذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع ، وبخلاف العبد الموصى بخدمته لأن قبضه عن استحقاق فإن الوارث يلزمه تسليم العين إليه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام { ليس على المستعير غير المغل ضمان } وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولأنه قبضه بإذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالإجارة الوديعة ، وهذا لأن ضمان العدوان لا يجب إلا على المتعدي ومع الإذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٨٤

انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لأن وجوبه شرعا إما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بأن كان فاسدا أو بالتعدي ، فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لأنه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الإذن ألا ترى أنه لو أذن له بالإتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لأنه دونه ، وحديث صفوان كان بغير إذنه لحاجة المسلمين ، ولهذا قال { أغصبا يا محمد . } وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولأنه شرط له الضمان ، والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولأن صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ، ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين ، وقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** } يقتضي رد العين وبه نقول لأن رد العين واجب في الأمانات وإنما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لأن الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد لأن المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وإنما وجب عليه مؤنة الرد لأنه قبضه لنفسه . قال رحمه الله (ولا يؤجر) لأن الإجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لأنه لو جازت الإجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولأنه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة فلا يجوز . قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لأن الرهن إيفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه ولأن فيه ضررا لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالإجارة . قال رحمه الله (فإن آجر فعطب ضمن) لأنه متعد بالتسليم فصار غاصبا ، وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير إذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فإن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور عن نفسه ، وإن علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لأنه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب . قال رحمه الله (ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) أي يعير

".(١)

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٨٥

" (هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ، ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه ، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة ، وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ، ولا ما لا يقبل النقل كالعقار ، وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير ، وعند الشافعي رحمه الله هو إثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه وإثباتها ، ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه الله لعدم تفويت يد المالك فيها ، وعند الشافعي رحمه الله يضمنها لوجود إثبات اليد فيها وسنبينه من قريب إن شاء الله تعالى . قال رحمه الله : (فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط) لأنه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ، ومن ضرورة ثبوت يده إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده ، والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ، ثم حكم الغصب المأثم إن تعمده والمغرم ، وشرطه أن يكون المغصوب مالا متقوما . قال رحمه الله : (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ولقوله صلى الله عليه وسلم { لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا ، وإن أخذه فليرده عليه } ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد ، وهي مقصودة لأن المالك بها يتوصل إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والإذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود إلى ما كان ، وأتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن ولهذا تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا لأنه أعدل ، وأكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة أو المثل مخلص يصار إليه عند تعذر رد العين ، ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ، ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا ، وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه إليه بجهة أخرى كما إذا ، وهبه له أو أطعمه إياه فأكله والمالك لا يدري أنه ملكه أو نحو ذلك من تسليم بإيداع أو شراء ، ولو لم يكن هو الواجب الأصلي لما برئ إلا إذا علم ، وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة ، وقيل الموجب الأصلي

هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والإبراء عن العين لا يصح ، وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنها لا تصح بالعين ، وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة ، وكونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فإن الظهر هو الأصل ، والجمعة خلف عنه ، ولا يصار إليه لا عند العجز عن إقامتها . وإنما يبرأ الغاصب بالتسليم إلى المالك من غير علمه لتعينه لأن حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فإن المشتري يبرأ برده بأي وجه كان ، وإن لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لأن حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان ، وذلك لا يتعين إلا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الأمثال والقيم ، ولا كذلك العين لأن حقه متعين فيها فبأي طريق وصل إليه ناب عن الواجب عليه فلغا ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه ، ولغا ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى إلا بالتعيين لعدم التعين ، وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لأن هذا ليس برد بل هو خدعة ، وهذا لأن الإنسان يرغب في أكل مال غيره ما لا يرغب في أكل مال نفسه ، ولو علم لما أكل فلم يكن رادا بتقديمه له للأكل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ، ولا تمنع وقوعه عن الواجب .

". (١)

"سمى الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعة

قال النبي **على اليد ما أخذت** حتى ترده وقوله تعالى { فأمسكوهن بمعروف } وقوله عز وجل { فإمساك بمعروف } سمى الرجعة إمساكا والإمساك حقيقة يكون بالفعل وكذا إن جامعته وهو نائم أو مجنون لأن ذلك حلال لها عندنا فلو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التحرز عن الحرام ولأن جماعها كجماعه لها في باب التحريم فكذا في باب الرجعة

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٢٢

وكذلك إذا لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة فهو مراجع لما قلنا وإن لمس أو نظر لغير شهوة لم يكن (((يك))) رجعة لأن ذلك حلال في الجملة ألا ترى أن القابلة والطبيب ينظران إلى الفرج ويمس الطبيب عند الحاجة إليه بغير شهوة فلا ضرورة إلى جعله رجعة

وكذلك إذا نظر إلى غير الفرج لشهوة لأن ذلك أيضا مباح في الجملة ويكره التقبيل واللمس لغير شهوة إذا لم يرد به المراجعة وكذا يكره أن يراها متجردة لغير شهوة كذا قال أبو يوسف لأنه لا يأمن من أن يشتهي فيصير مراجعا من غير إشهاد وذلك مكروه وكذا لا يأمن من الإضرار بها لجواز أن يشتهي فيصير به مراجعا وهو لا يريد إمساكها فيطلقها فتطول العدة عليها فتتضرر به والله تعالى نهى عن ذلك بقوله { ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا } وكذا قال أبو يوسف إن الأحسن إذا دخل عليها أن يتنحنح ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل أنها حرام ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير إشهاد وهذه عبارة أبي يوسف

ولو نظر إلى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر في الزيادات وهو قول محمد الأخير وكان يقول أولا أنه يكون رجعة ثم رجع حكى إبراهيم بن رستم رجوعه وهو قياس قول أبي حنيفة لأن ذلك السبيل لا يجري مجرى الفرج

ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده فكان النظر إليه كالنظر إلى سائر البدن ولأن النظر إلى الفرج بشهوة إنما كان رجعة لكون الوطء حلالا تقريرا للحل صيانة عن الحرام والنظر إلى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما أن الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلا على الرجعة

ولو نظرت إلى فرجه بشهوة قال أبو يوسف قياس قول أبي حنيفة أن يكون رجعة وهذا قبيح ولا يكون رجعة وكذا قال أبو يوسف والصحيح قياس قول أبي حنيفة لما ذكرنا فيما إذا جامعته وهو نائم أو مجنون ولأن النظر حلال لها كالوطء فيجعل رجعة تقريرا للحل وصيانة عن الحرمة ولأن النظرين يستويان في التحريم

ألا ترى أن نظرها إلى فرجه كنظره إلى فرجها في التحريم فكذا في الرجعة ولو لمسته لشهوة مختلسة أو كان نائما أو اعترف الزوج أنه كان بشهوة فهو رجعة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ليس برجعة فأبو حنيفة سوى بينها وبين الجارية المشتراة بشرط الخيار للمشتري إذا لمست المشتري أنه يبطل خياره ومحمد فرق بينهما فقال ههنا يكون رجعة وهناك لا يكون إجازة للبيع

وعن أبي يوسف في الجارية روايتان في رواية فرق فقال ثمة يكون إجازة للبيع وههنا لا يكون رجعة وفي رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الأمة يكون إجازة ثمة فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين المسألتين

ووجه الفرق له على الرواية الأخرى أن بطلان الخيار لا يقف على فعل المشتري بل قد يبطل بغير فعله كما إذا تعينت (((تعيبت))) في يده بآفة سماوية

فأما الرجعة فلا يجوز أن تثبت إلا باختيار الزوج حتى قال أبو يوسف إنها إذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة لأنه لما مكنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كأنه لمسها وكذلك قال أبو يوسف إذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها أنه يكون رجعة لما قلنا

ووجه الفرق لمحمد أن إسقاط الخيار إدخال الشيء في ملك المشتري والأمة لا تملك ذلك وليست الرجعة إدخال المرأة على ملك الزوج لأنها على ملكه فلو جعلناه مراجعا بفعلها لم تملكه ما لم يكن ملكا له فصحت الرجعة ولأبي حنيفة على نحو ما ذكرنا وهو أن اللمس حلال من الجانبين عندنا فلزم تعذر الحل فيه وصيانته عن الحرمة وذلك يجعله رجعة على ما سبق بيانه كما قال في الجارية أن اللمس منها لو لم يجعل إجازة للبيع وربما يفسخ البيع فيتبين أن اللمس حصل في ملك الغير من وجه وما

". (١)

"وإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه إدخال ذلك وليس عليه أن يصعد به إلى علو البيت إلا أن يشترطه وإذا تكارى دابة فالإكاف على صاحب الدابة فأما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة إلا أن تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم

وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالأجرة عليه وهو متطوع في ذلك أما لزوم الأجرة إياه فلأنه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلأنه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك إيجاب الدين في ذمته ورضاعه على بين (((بيت))) المال لأن ميراثه لبيت المال

---

(١) بدائع الصنائع، ١٨٢/٣

وأما الثاني وهو الذي يرجع إلى صفة المستأجر والمستأجر فيه فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه

والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة

أما الأول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا

وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالأجير لا يخلو أما إن كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى أجير الواحد (((الوحد))) فإن كان مشتركا فهو أمانة في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولي الشافعي

وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه إلا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير كذا روي عن محمد لأن هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم إن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمولا (((معمول))) ولا أجر له وإن هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الأجر بحسابه وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له

واحتجا بما روي عن رسول الله أنه قال **على اليد ما أخذت** حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروي أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطا لأموال الناس وهو المعنى في المسألة وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب

ولأبي حنيفة أن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي لقوله عز وجل { فلا عدوان إلا على الظالمين } ولم يوجد التعدي من الأجير لأنه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الإجارة لأن الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب وفعل عمر رضي الله عنه يحتمل أنه كان في بعض الأجراء وهو المتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده لأن العين إنما

تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في السفينة أو راكبا على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الأجير لا ضمان عليه لأن المتاع في يد صاحبه

وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لأن المتاع في أيديهما فلم ينفرد الأجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد

وروى بشر عن أبي يوسف أنه إن سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لأن المتاع لم يصر في يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع

وقالوا في الطعام إذا كان في سفينتين وصاحبه في إحداهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين إلا أن سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لأنه هلك في يد صاحبه

وكذلك القطار إذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الحمال (((الجمال)))

لأن المتاع في يد صاحبه لأنه هو الحافظ له

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه

قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لأنه لم يسلم إلى

." (١)

"مأخوذ به في الآخرة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فإن كان في أكبر الرأي أنه حي يشق بطنها لأنا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما وشق بطن الأم الميتة أهون من إهلاك الولد الحي رجل له ورثة صغار فأراد أن يوصي نظر في ذلك فإن كان أكبر رأيه أنه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لأن فيه رعاية الجانبين

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٠/٤

وإن كان أكبر رأيه أنه لا تقع الكفاية لهم إلا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روي أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل رسول الله فقال يوصي الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

رجل رأى رجلا قتل أباه وادعى القاتل أنه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيئا وسع الابن أن يقتله لأنه عاين السبب الموجب للقصاص في الأصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود إلا أن يعفى أو يفادي والقاتل يدعي أمرا عارضا فلا يسمع إلا بحجة

وكذلك إذا أقر بالقتل في السر ثم ادعى أنه قتله بقصاص أو بردة كان الابن في سعة من قتله لأن الإقرار بالقتل العمد إقرار بالسبب الموجب للقصاص في الأصل على ما بينا ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الإقرار به لم يسعه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرقا بين الإقرار وبين الشهادة

ووجه الفرق بينهما ظاهر لأن الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي لما فيها من تهمة جر النفع فلا تندفع التهمة إلا بقضاء القاضي

فأما الإقرار فحجة بنفسه إذ الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل أو سمع إقراره به أن يعين الولي على قتله لأنه إعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهرا

ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فإن كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي لابن (((للابن))) أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين أنه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور وإن كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين في القذف والنساء وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا أن الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي فإن كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا إن توقف في ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة أو لاحتمال أن يكون صدقا حقيقة عند الله عز وجل

ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في القذف ينبغي أن يتوقف في القتل لجواز أن ينضم إليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لأن الموجود أحد شطري الشهادة وأنه لا يعتبر بدون الشطر الآخر

ولو عاين الوارث رجلا أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده أنه أخذ مالا من أبيه وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه أو كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لأنه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الأصل وهو الأخذ لأن الأخذ في الأصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه إن كان قائما ورد بدله إن كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده ودعوى الإيداع والدين أمر عارض فلا يسمع إلا بحجة وله أن يأخذه (((يأخذ))) منه

ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا إذا أقر بذلك لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه (((يأخذ))) منه

وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع إقراره أن يعينه على الأخذ منه لكونه إعانة على استيفاء الحق ظاهرا ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده أن هذا الشيء الذي في يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسعه أخذه منه حتى يقضي القاضي بخلاف الإقرار وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله عز وجل أعلم

وأما الذي ثبت حرمته في حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روي أن رسول الله خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتى حل لأناثها

وروي أن رسول الله أعطى سيدنا عمر رضي الله عنه حلة فقال يا رسول الله كسوتني حلة

---

(١) ".

"ذكرنا حال ما قبل الأخذ وأما حال مابعده فلها بعد الأخذ حالان في حالة (((حال))) هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع

وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف جهة الضمان إما بالتصديق أو بالإشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الأخذ له لا يجب عليه

---

(١) بدائع الصنائع، ١٣٠/٥

الضمان بالإجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه وإن كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه

وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالإشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب

وجه قولهما أن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه لأن الشرع إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة فكان إقدامه على الأخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لأن القول قول الأمين مع اليمين

ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك إنما يعرف بالإشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه فبقي الأخذ سببا في حق وجوب الضمان على الأصل

والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى { وأن ليس للإنسان إلا ما سعى } وقوله تعالى { لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت } فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الأخذ لصاحبها بالإشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الأخذ لنفسه فيجب عليه الضمان

ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فأما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل

وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب

وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فأشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت

ولنا أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلا

وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقد رده بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن

هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاعت وصدقة صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا

ثم تفسير الإشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس إني التقطت لقطة أو عندي لقطة فأي الناس أنشدها فدلوه علي أو يقول عندي شيء فمن رأيتموه يسأل شيئا فدلوه علي فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالإجماع

وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكرا (((منكر))) إن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق

ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا إشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب

وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

---

(١) ".

"ثم نقول إنما وجب عليه ضمان الرد لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا إذا هلكت في تلك الحالة ضمن

---

(١) بدائع الصنائع، ٦/٢٠١

وأما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الإذن أولى

والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لأن الرواية قد اختلفت فقد روي أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل إليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنينا فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصبا فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان

والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت إلا إحداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما أنه إن ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العارية مؤداة

فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الإتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه

ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه إلى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا إذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا إذا خالف إلا أن في باب الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة

ولو تصرف المستعير وادعى أن المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لأن التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الأصل فدعوى الإذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع إلا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوقف والصدقة أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به

أما الأول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف (((الوقف))) حيا حتى إن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضي أو أضافه إلى ما بعد الموت بأن قال إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفا على كذا

أو قال هو وقف في حياتي صدقه بعد وفاتي

واختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم

قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وإذا مات يصير ميراثا لورثته

وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث

ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما إذا وقف في حالة الصحة وبين ما إذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا إذا لم توجد الإضافة ولا حكم الحاكم

وروى الطحاوي عنه أنه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته

وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض

وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطا أو خانا للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الأشياء عن ملكه عند أبي حنيفة إلا إذا أضافه إلى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

." (١)

"قيل إنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك في أخوين اختصما إليه في مواريث درست بينهما فقال إلى آخره ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما

كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنهما (((عنها))) والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول مع أنه ليس فيه ذكر السبب والكلام في القضاء بسبب على أنا نقول بموجبه لكن لم

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٨/٦

قلتم إن القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضاء (((قضا))) له من مال نفسه وبحق لأن القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

فصل وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول الأصل أن القاضي إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف أنه لا يؤاخذ بالضمان لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة

ثم ينظر إما إن كان المقضي به من حقوق العباد وإما إن كان من حقوق الله عز وجل خالصا كالقطع في السرقة والرجم في زنا المحصن فإن كان في حقوق العباد فإن كان مالا وهو قائم رده على المقضي عليه لأن قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده ولأنه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وإن كان هالكا فالضمان على المقضي له لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولأنه إذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه

وإن كان حقا ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لأنه تبين أن قضاءه كان باطلا وإنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان

هذا إذا كان المقضي به من حقوق العباد وأما إذا كان من حق الله عز وجل خالصا فضمانه في بيت المال لأنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدي من بيت مالهم ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاد أيضا لأنه عمل بأمر القاضي

والله أعلم

فصل وأما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء فنقول وبالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء

وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان إلا في شيء واحد وهو أن الموكل إذا مات أو خلع ينعزل الوكيل

والخليفة إذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته وولاته

ووجه الفرق أن الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضا

وقد بطلت أهلية الولاية فينعزل الوكيل

والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم

وإنما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم

لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول في سائر العقود والوكيل في النكاح

وإذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين وولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته

وهذا بخلاف العزل فإن الخليفة إذا عزل القاضي أو الوالي ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته

لأنه لا ينعزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا أن توليته بتولية العامة والعامة ولوه الإستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك

فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضا

فهو الفرق بين العزل والموت

ولو استخلف القاضي بإذن الإمام ثم مات القاضي لا ينعزل خليفته لأنه نائب الإمام في الحقيقة لا نائب القاضي

ولا ينعزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينعزل القاضي لما قلنا

ولا يملك القاضي عزل خليفته لأنه نائب الإمام فلا ينعزل بعزله كالوكيل إنه لا يملك عزل الوكيل الثاني

لأن الثاني وكيل الموكل في الحقيقة لا وكيله كذا ههنا

إلا إذا أذن له الخليفة أن يستبدل من شاء فيملك عزله ويكون ذلك أيضا عزلا من الخليفة لا من القاضي لأن القاضي كالوكيل إذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل

وإذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر في الوكالة وهل ينعزل بأخذ الرشوة في الحكم عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الإمام ويعزره كذا ذكر في كتاب الحدود

وقال مشايخ العراق من أصحابنا إنه ينعزل وقالوا صحت الرواية عن أصحابنا أنه ينعزل

واستدلوا بما ذكر في السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لأن هذه الرواية مشتبهة ورواية كتاب الحدود محكمة لأنه ذكر أن الإمام يعزله ويعزره فكان فيما قلنا حمل المحتمل على

." (١)

"المسروق من السارق قبل القضاء

وجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو إما إن وهبه منه قبل القضاء وإما إن وهبه بعد القضاء قبل الإمضاء فإن وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وإن وهبه بعد القضاء قبل الإمضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمهما الله

احتج أبو يوسف بما روي أن سارق رداء صفوان أخذ فأتي به إلى رسول الله فأمر رسول الله أن يقطع يده فقال صفوان يا رسول الله إني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتيني به فدل أن الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولأن وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا في السرقة الموجودة فبقي القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لأن الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة

وجه قولهما أن القبض شرط لثبوت الملك في الهبة والملك في الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لأن القضاء في باب الحدود إمضاؤها فما لم يمض فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض أليس أنه لا يقطع فكذا إذا لم يمض ولأن الطارىء في باب الحدود ملحق بالمقارن إذا كان في الإلحاق إسقاط الحد وههنا فيه إسقاط الحد فيلحق به

وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن المروي قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل أنه أراد به المسروق ويحتمل أنه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد يدل عليه أنه روي في بعض الروايات أنه قال وهبت

---

(١) بدائع الصنائع، ١٦/٧

القطع وكذا يحتمل أنه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع إنما يسقط بالهبة مع القبض

وعلى هذا إذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لأن الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد إلى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة في الزنا فيحد

وأما حكم السقوط بعد الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك في يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لأن المانع من الضمان هو القطع فإذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله أعلم

والثاني وجوب رد عين المسروق على صاحبه إذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه أن المسروق في يد السارق لا يخلو إما إن كان على حاله لم يتغير وإما إن أحدث السارق فيه حدثا فإن كان على حاله رده على المالك لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال **على اليد ما أخذت** حتى ترده وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروي أنه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضي الله عنه عليه وقطع السارق فيه

وكذلك إن كان السارق قد ملك المسروق رجلا ببيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم في يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لأنه ملكه إذ السرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي اشتراه به لما مر فإن كان قد هلك في يدي القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم

وإن أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو إما إن أحدث حدثا أوجب النقصان وإما إن أحدث حدثا أوجب الزيادة فإن أحدث حدثا أوجب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لأن نقصان المسروق هلاك بعضه

ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا إذا هلك البعض ويرد العين لأن القطع لا يمنع الرد ألا ترى أنه لا يمنع رد الكل فكذا البعض

وإن أحدث حدثا أوجب الزيادة فالأصل في هذا أن السارق إذا أحدث في المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه وإلا فلا إلا أن في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع

إذا عرف هذا فنقول السارق إذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا انقطع حق المالك لأنه لو فعله الغاصب لانقطع حق المغصوب منه

كذا إذا فعله السارق ولا

." (١)

"صنع آخر سوى الغصب وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن

ولو غصب مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده يضمن قيمته صليبا لأنه مقر على ذلك

والله سبحانه وتعالى أعلم

وعلى هذا يخرج ما إذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه في حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير إذن صاحبها إنه ضامن بذلك سواء عطب في تلك الخدمة أو في مضيه في حاجته أو مات حتف أنفه لأن يد المالك كانت ثابتة عليه وإذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب

ولو دخل دار إنسان بغير إذنه وليس في الدار أحد فهلك في يده لم يضمن في قولهما

وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم

ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير إذنه فهلك لا يضمن بالإجماع لأن تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الغصب فله في الأصل حكمان أحدهما يرجع إلى الآخرة والثاني يرجع إلى الدنيا

أما الذي يرجع إلى الآخرة فهو الإثم واستحقاق المؤاخذة إذا فعله عن علم لأنه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٩/٧

وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وإن فعله لا عن علم بأن ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبي بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

وأما الذي يرجع إلى الدنيا فأنواع بعضها يرجع إلى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع إلى حال هلاكه وبعضها يرجع إلى حال نقصانه وبعضها يرجع إلى حال زيادته

أما الذي يرجع إلى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مستردا

أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليرد عليه ولأن الأخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الأصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لأنها من ضرورات الرد فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية

وأما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان لأن الهالك لا يحتمل الرد

وعلى هذا يخرج ما إذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضنها حتى صارت دجاجة أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا أو لحما فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو سمسما فعصره أو عنبا فعصره أو حديدا فضربه سيفا أو سكينا أو صفرا أو نحاسا فعمله آنية أو ترابا له قيمة فلبنه أو اتخذه خزفا أو لبنا فطبخه آجرا ونحو ذلك أنه ليس للمالك أن يسترد شيئا من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة

وعند الشافعي له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه

وجه قوله أن ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وإنما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما إذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لأن الملك في المغصوب كان ثابتا

للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد

ولنا أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب

إما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد

كما إذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئا آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده لأنه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الأعيان بقيام صورها

." (١)

"يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضا فيصح متصلا أو منفصلا

ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض إنما طلبت أليه القبض فأقرضني ولم أقبض إن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق

وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل

وجه القياس أن المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الإقرار به إقرارا بالقبض كما لا يكون الإقرار بالبيع إقرارا بالقبض

وجه الاستحسان أن تمام القرض بالقبض كما أن تمام الإيجاب بالقبول فكان الإقرار به إقرارا بالقبض ظاهرا لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بيانا معنى فلا يصح إلا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك

وكذلك لو قال أعطيتني ألف درهم أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمت إلي وقال لم أقبض لا يصدق إن فصل وإن وصل يصدق لأن الإعطاء والإيداع والإسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصا عند الإضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلا

ولو قال بعتني دارك أو آجرتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل

---

(١) بدائع الصنائع، ١٤٨/٧

أما البيع والإجارة والإعارة لأن القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الإقرار بها إقرارا بالقبض وأما الهبة والصدقة فلأن الهبة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة وإنما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه يحنث

ولو قال نقدتني ألف درهم أو دفعت إلي ألف درهم وقال لم أقبض إن فصل لا يصدق بالإجماع وإن وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق

وجه قوله أن النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الأداء والتسليم والإعطاء والإسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشريطة الوصل كما في هذه الأشياء

وجه قول أبي يوسف أن القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد والدفع خصوصا عند صريح الإضافة والإقرار بأحد المتلازمين إقرار بالآخر فقوله لم أقبض يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح

وعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصبا لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن

ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالقول قول المقر مع يمينه

ووجه الفرق أن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل لقول النبي **على اليد ما أخذت** حتى ترد فكان الإقرار بالأخذ إقرارا بسبب الوجوب فدعوى الإذن تكون دعوى البراءة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لأن إقراره بالقبض إقرار بالأخذ بالإذن فتصادقا على أن الأخذ كان بإذن والأخذ بإذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الأصل فكان دعوى الإقراض دعوى الأخذ بجهة الضمان فلا يصدق إلا ببينة

ولو قال أودعتني ألف درهم أو دفعت إلي ألف درهم وديعة أو أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لأنه ما أقر بسبب وجوب الضمان إذ المقر به هو الإيداع والإعطاء وإنهما ليسا من أسباب الضمان

ولو قال له أعرتني ثوبك أو دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظر في ذلك إن هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لأن المقر به الإعارة وإنها ليست بسبب لوجوب الضمان وإن هلك بعد اللبس

والركوب فعليه الضمان لأن لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة

وكذلك إذا قال له دفعت إلي ألف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني أنه إن هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وإن هلك بعده يضمن لما قلنا في الإعارة

ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي ألف درهم إلى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لأن هذا إقرار على نفسه ودعوى الأجل على الغير فإقراره مقبول ولا تقبل دعواه إلا بحجة ويحلف المقر له على الأجل لأنه منكر للأجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما إذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم إلى شهر

وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة أن القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لأن الظاهر شاهد للمقر لأن الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم

وعلى هذا إذا أقر أنه اقتضى من فلان ألف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

." (١)

"له أن يكون له عليه شيء وقال هو مالي قبضته مني فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد إليه لأن الإقرار بالاقتضاء إقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان في الأصل بالنص فكان الإقرار بالقبض إقرارا بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بجهة الاقتضاء يدعي براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه

وكذلك إذا أقر أنه قبض منه ألف درهم كانت عنده وديعة وأنكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا

ولو قال أسكنت فلانا بيتي ثم أخرجته وادعى الساكن أنه له فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه

ولو قال أعرته دابتي ثم أخذتها منه وقال صاحبه هي لي فهو على هذا الاختلاف

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٧/٧

وجه قولهما أن قوله أسكنته داري ثم أخرجته وأعرته دابتي ثم أخذتها منه إقرار منه باليد لهما ثم الأخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد ولهذا لو غاياه سكن الدار فزعم المقر أنه أعارهما منه لم يقبل قوله فكذا إذا أقر

وجه قول أبي حنيفة أن المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الإعارة والسكنى وهذا لأن اليد لهما ما عرفت إلا بإقراره فبقيت على الوجه الذي أقر به فيرجع في بيان كيفية اليد إليه

ولو أقر فقال إن فلانا الخياط خاط قميصي بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط أنه له فهو على هذا الاختلاف الذي ذكرنا

ولو قال خاط لي هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالإجماع لأنه إذا لم يقل (((يقبل))) قبضه منه لم يوجد منه الإقرار باليد للخياط لجواز أنه خاطه في بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد

هذا إذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فإن كان معروفا للمقر فالقول قوله بالإجماع لأنه إذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لي منه دعوى التملك فلا تسمع (((يسمع))) منه إلا ببينة

ولو أقر أن فلانا ساكن في هذا البيت والبيت لي وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة لأن الإقرار بالسكنى إقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعي إلا ببينة

ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك في يدي المقر وادعى المقر له أنه له فالقول قول المقر لأن الإقرار بالزرع والغرس والبناء لا يكون إقرارا باليد لجواز وجودها في يد الغير فلا يؤمر بالرد إليه

والله تعالى أعلم

وعلى هذا أن من أعتق عبده ثم أقر المولى أنه أخذ منه هذا الشيء في حال الرق وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويؤمر بالرد إليه بالإجماع لأن قول العبد يقتضي وجوب الرد وقول المولى لا ينفي الوجوب بل يقتضيه لأن الأخذ في الأصل سبب لوجوب ضمان الرد والإضافة إلى حال الرق لا تنفي الوجوب فإن المولى إذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد إليه

ولو أقر بالإتلاف بأن قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدي وقال العبد لا بل أتلفته وأنا حر فالقول قول العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف

وعند محمد القول قول المولى

وعلى هذا الاختلاف إذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق

ولو تنازعا في الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهي ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى بالاتفاق

وكذلك لو ادعى المولى وطء الأمة قبل العتق وادعت الأمة بعد العتق فالقول قول المولى بالإجماع

وجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لأنه أضاف الضمان إلى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافي الضمان إذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكرا وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعي وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله في الغلة والوطء وكذا هذا وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لأن إتلاف مال الحر يوجب الضمان

واعتبار قول المولى لا ينفي الوجوب لأنه أقر بالأخذ والأخذ في الأصل سبب لوجوب الضمان والإضافة إلى حال الرق لا تنفي الوجوب فإن إتلاف كسب العبد المأذون المديون دينا مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فإذا وجد الموجب وانعدم المانع بقي خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لأن وطء الرقيق (((الرقيقة))) لا يوجب الضمان أصلا

وكذلك أخذ ضريبة العبد وهي الغلة لا يوجب الضمان على المولى فإن المولى إذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر في كتاب المأذون فكان المولى بقوله

." (١)

"شاء دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع أرش يد عبده المقطوع

وإن شاء فدى عن الجناية بالأرش لأن العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وأرش يده بدل جزئه وكذا العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب الدفع إلا أن يختار الفداء فينقل الحق من العبد إلى الأرش

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٨/٧

ولو كسب العبد الجاني كسبا أو كان الجاني أمة فولدت بعد الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الأرش أنه يدفع والفرق أن الأرش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد

ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الأرش ثم اختلف المولى وولي الجناية فادعى المولى أن القطع كان قبل جنايته وأن الأرش سالم له وادعى ولي الجناية أنه كان بعدها وأنه مستحق الدفع مع العبد

فالقول قول المولى لأن الأرش ملك المولى كالعبد لأنه بدل ملكه فولي الجناية يدعي عليه وجوب تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه

ولو قطعت يد عبد أو فقئت عينه وأخذ المولى الأرش ثم جنى جناية فإن شاء المولى اختار الفداء وإن شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الأرش لأن وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا بخلاف ما إذا قطعت يده بعد الجناية أنه يدفع مع أرش اليد لأن العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والأرش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد

ولو قتل قتيلا خطأ ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر وخطأ (((خطأ))) فأرش يده يسلم لولي الجناية الأولى لأن حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت الجناية والأرش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له

فأما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين ولي الجنايتين على تسعة وثمانين جزأ لأن موضوع المسألة فيما إذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول حق ولي كل جناية في عشرة آلاف وقد استوفى ولي الجناية الأولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة سهما فيكون كل العبد أربعين سهما حق كل واحد منهما في عشرين وقد أخذ ولي الجناية الأولى من حقه خمسمائة أو بقي حقه في تسعة عشر سهما ولم يأخذ ولي الجناية الثانية شيئا فبقي حقه في عشرين جزأ من العبد وإن اختار الفداء فدى عن كل واحد من الجنايتين بعشرة آلاف لأن ذلك أرشها

ولو شج إنسانا موضحة وقيمته ألف درهم ثم قتل آخر وقيمته ألفان فإن اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بأرشها وإن اختار الدفع دفعه مقسوما ما بينهما على أحد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولي القتيل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه في خمسمائة وحق ولي القتيل في عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهما فتكون

القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضا لأنها صفة الأصل وإذا ثبتت الشركة في الأصل ثبتت في الصفة

وكذلك لو قتل إنسانا خطأ وقيمته وقت القتل ألفان ثم عمي بعد القتل قبل الشجة ثم شج إنسانا موضحة كانت القسمة بينهما على أحد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضا لما قلنا والله تعالى أعلم

ولو جنى جناية ففداه المولى ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء لأنه لما فدى فقد طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن فإذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو الفداء بخلاف ما إذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء أنه يدفع إليهما جميعا أو يفدي لأنه لما لم يفد للأولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع إليهما أو يفدي

ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولى إلى أحدهما (((أحدهما))) فقتل عبده رجلا آخر ثم حضروا يقال للمدفوع إليه ادفع نصف العبد إلى ولي القتيل الثاني أو نصف الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع إلى ولي الجناية الثانية وولي الجناية الأولى الذي لم يدفع إليه

أما وجوب دفع نصف العبد على المدفوع إليه إلى ولي القتيل الثاني أو الفداء فلأنه ملك نصف العبد بالدفع فيخير في جنايته بين الدفع والفداء

وأما وجوب رد نصف العبد إلى المولى فلأنه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده ولا يخير المولى في النصف بين الدفع إلى ولي الجنايتين وبين الفداء لأن وقت الجناية الأولى كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو الفداء

". (١)

"فتح .

قال في البحر : وفي الفتح من كتاب الكفالة : ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه قال البلخي : لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٦١/٧

الكل ، يقال : عين القوم ، وهو عين في الناس ، ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما زماننا فلا شك في ذلك .

ا هـ .

(قوله وكذا الاست إلخ) قال في البحر : فالاست وإن كان مرادفا للدبر لا يلزم مساواتهما في الحكم لأن الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل ، ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه في التعبير .

ا هـ .

والحاصل أن الاست والفرج يعبر بهما عن الكل فيقع إذا أضيف إليهما ، بخلاف مرادف الأول وهو الدبر ومرادف الثاني وهو البضع فلا يقع لعدم التعبير بهما عن الكل ، ولا يلزم من الترادف المساواة في الحكم لكن أورد في الفتح أنه إن كان المعتبر اشتهار التعبير يجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج : أي لعدم اشتهار التعبير به عن الكل ، وإن كان المعتبر وقوع الاستعمال من بعض أهل اللسان يجب أن يقع في اليد بلا خلاف لثبوت استعمالها في الكل في قوله تعالى { ذلك بما قدمت يداك } أي قدمت ، وقوله صلى الله عليه وسلم { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ا هـ .

قلت : قد يجاب بأن المعتبر الأول ، لكن لا يلزم اشتهار التعبير به عن الكل عند جميع الناس بل في عرف المتكلم في بلده مثلا ، فيقع بالإضافة إلى اليد إذا اشتهر عنده التعبير بها عن الكل ، ولا يقع بالإضافة إلى." (١)

"مطلب في رد المغصوب وفيما لو أبى المالك قبوله (قوله ويجب رد عين المغصوب) لقوله عليه الصلاة والسلام { **على اليد ما أخذت** حتى ترد } ولقوله عليه الصلاة والسلام { لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا ، وإن أخذه فليرده عليه } زيلعي ، وظاهره أن رد العين هو الواجب الأصلي ، وهو الصحيح كما سيذكره الشارح وسنوضحه (قوله ما لم يتغير تغيرا فاحشا) سيأتي تفسيره بأنه ما فوت بعض العين وبعض نفعه ، وإنه حينئذ يتسلم الغاصب العين ويدفع قيمتها ، أو يدفعها ويضمن نقصانها والخيار في ذلك للمالك رحمتي (قوله لتفاوت القيم إلخ) فلو غصب دراهم أو دنانير فطالبه المالك في بلدة أخرى عليه تسليمها ، وليس للمالك طلب القيمة وإن اختلف السعر ، ولو غصب عينا فلو القيمة في

---

(١) رد المحتار، ١١/٢٨

هذا المكان مثلها في مكان الغصب أو أكثر فللمالك أخذ المغصوب لا القيمة ، ولو القيمة أقل أخذ القيمة على سعر مكان الغصب أو انتظر حتى يأخذه في بلده ، ولو وجده في بلد الغصب وانتقص السعر يأخذ العين لا القيمة يوم الغصب ، وإن كان هلك وهو مثلي وسعر المكانين واحد يبرأ برد المثل ، ولو سعر هذا المكان الذي التقيا فيه أقل أخذ المالك القيمة في مكان الغصب وقت الغصب أو انتظر ، ولو القيمة في هذا المكان أكثر أعطاه الغاصب مثله في مكان الخصومة أو قيمته حيث غصب ما لم يرض المالك بالتأخير ، ولو القيمة في المكانين سواء للمالك أن يطالبه بالمثل منح عن الخانية ملخصا (قوله." (١)

"

قال فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأبي يوسف رحمه الله أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله أن الواجب المثل في الذمة وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولأبي حنيفة رحمه الله أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف مالا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك

قال ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

---

(١) رد المحتار، ٢٥/٢٦٦

قال والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببذلها لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة

قال والغصب فيما ينقل ويحول لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله

---

(١) ".

_____"

زق انفتح فمر به رجل، فإن لم يأخذه، ولم يدن منه فلا ضمان عليه، وإن أخذه ثم تركه، فإن كان المالك غائبا فهو ضامن، وإن كان حاضرا فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره.

في «فتاوى أبي الليث» عن خلف بن أيوب، عن محمد بن الحسن رحمهم الله: رجل أدخل دابته في دار رجل، فأخرجها صاحب الدار فضاعت، فلا ضمان عليه، ولو وضع رجل ثوبا في دار رجل، فرمى به صاحب الدار، فضاع فهو ضامن؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار، فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك الثوب في الدار.

الفصل الثاني في حكم الغصب

فنقول: للغصب حكمان: أحدهما: وجوب رد العين ما دام على حاله لم يتغير، قال عليه السلام: «**على اليد ما أخذت** حتى ترد» والتغير نوعان: قد يكون من حيث الزيادة، وقد يكون من حيث النقصان، وقد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بفعل غيره، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا غصب من آخر ثوبا، فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار؛ إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه الأبيض، وكان الثوب للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب، قائم

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/١٢

في الثوب، ويقدر اتصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين، فرجحان جانب صاحب الثوب؛ لأنه صاحب الثوب؛ (٣١١٣أ٢) صاحب أصل، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب الأبيض، وترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم، وهو قيمة الصبغ، وإن شاء أخذ الثوب، وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيصل إلى مالك الثوب عمن حقه، وإلى صاحب الصبغ مالية حقه، وفيه خيار آخر، وهو أن يترك الثوب على حاله، والصبغ على حاله، ويباع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما.." (١)

"مجانا

القول في ضمان المستعار (وهي) أي العين المستعارة (مضمونة على المستعير) إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرض كتلفها بآفة سماوية لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وحينئذ يضمنها (بقيمتها) متقومة كانت أو مثلية (يوم تلفها) هذا ما جزم به في الأنوار

واقتضاه كلام جمع وقال ابن أبي عصرون يضمن المثلي بالمثلي وجرى عليه السبكي وهذا هو الجاري على القواعد فهو المعتمد

ولو استعار عبدا عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه لأنه لم يأخذها ولم يستعملها بخلاف إكاف الدابة قاله البغوي في فتاويه

تنبيه يستثنى من ضمان العارية مسائل منها جلد الأضحية المنذورة فإن إعارته جائزة ولا يضمنه المستعير إذا تلف في يده

ومنها المستعار للرهن إذا تلف في يد المرتهن فلا ضمان عليه ولا على المستعير

ومنها ما لو استعار صيدا من محرم فتلف في يده لم يضمنه في الأصح

ومنها ما لو أعاره الإمام شيئا من بيت المال لمن له حق فيه فتلف في يد المستعير لم يضمنه

ومنها ما لو استعار الفقيه كتابا موقوفا على المسلمين لأنه من جملة الموقوف عليهم أما ما تلف بالاستعمال المأذون فيه فإنه لا يضمنه للإذن فيه

تتمة لو قال من في يده عين كدابة وأرض لمالكها

أعرتني ذلك فقال له مالكها بل أجرتك أو غصبتني

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥/٣٧٠

ومضت مدة لمثلها أجرة صدق المالك كما لو أكل طعام غيره وقال كنت أبحته لي وأنكر المالك أما إذا لم تمض مدة لمثلها أجرة والعين باقية فيصدق من بيده العين بيمينه في الأولى ولا معنى لهذا الاختلاف في الثانية

ولو ادعى المالك الإعارة وذو اليد الغصب فلا معنى للنزاع فيما إذا كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة فإن مضت فذو اليد مقر بالأجرة لمنكرها ولو اختلف المعير والمستعير في رد العارية صدق المعير بيمينه لأن الأصل عدم الرد ولو استعمل المستعير العارية جاهلا برجوع المعير لم تلزمه أجرة

فإن قيل

". (١)

"الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه أجيب بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وهنا بخلافه والأصل بقاء السلطنة وبأن المالك مقصر بترك الإعلام

فصل في الغصب وهو لغة أخذ الشيء ظلما وقيل أخذه ظلما جهارا وشرعا استيلاء على حق الغير بلا حق

والأصل في تحريمه قبل الإجماع آيات كقوله تعالى { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل

وأخبار كخبر إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام رواه الشيخان

ودخل في التعريف المذكور ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه غصب وإن لم يكن به إثم

وقول الرافعي إن الثابت في هذه حكم الغصب لا حقيقته ممنوع وهو ناظر إلى أن الغصب يقتضي الإثم مطلقا وليس مرادا وإن كان غالبا فلو ركب دابة لغيره أو جلس على فراشه فغاصب وإن لم ينقل ذلك ولم يقصد الاستيلاء

(ومن غصب مالا) أو غيره (لأحد) ولو ذميا وكان باقيا (لزمه رده) على الفور عند التمكين وإن عظمت المؤنة في رده ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى لقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فلو لقي الغاصب المالك بمفازة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف أجرة النقل وإن

---

(١) الإقناع للشربيني، ٣٣١/٢

امتنع فوضعه بين يديه برىء إن لم يكن لنقله مؤنة ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز لأنه ينقل ملك نفسه ولو رد الغاصب الدابة لإصطبل المالك برىء إن علم المالك

". (١)

"للقاضي أن يعرض له بالرجوع عما أقر به

كأن يقول له في الزنا لعلك فأخذت أو لمست أو باشرت وفي السرقة لعلك أخذت من غير حرز

وفي الشرب لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكرا لأنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أقر عنده بالسرقة ما إخالك سرقت قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع وقال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت رواه البخاري

ولا يقول له ارجع عنه لأنه يكون أمرا بالكذب

وتثبت أيضا بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا

فلو شهد رجل وامرأتان ثبت المال ولا قطع

ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة الموجبة للقطع كما مر في الإقرار

ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقيا لخبر أبي داود **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه فإن تلف ضمنه ببدله جبرا لما فات

فصل في قاطع الطريق الأصل فيه آية { إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله } وقطع الطريق هو البروز لأخذ مال أو لقتل أو لإرعاب مكابرة واعتمادا على القوة مع البعد عن الغوث

ويثبت برجلين لا برجل وامرأتين

وقاطع الطريق ملزم للأحكام ولو سكرانا أو ذميا مختار مخيف للطريق يقاوم من يبرز هوله بأن يساويه أو يغلبه بحيث يبعد معه غوث لبعد عن العمارة أو ضعف في أهلها

وإن كان البارز واحدا أو أنثى أو بلا سلاح

وخرج بالقيود المذكورة أضدادها فليس المتصف بها أو بشيء منها من حربي ولو معاهدا وصبي ومجنون ومكره ومختلس ومنتهب قاطع طريق

---

(١) الإقناع للشربيني، ٢/٣٣٢

وقد علم مما تقرر أنه لا يشترط فيه إسلام وإن شرطه في المنهاج كأصله ولو دخل جمع بالليل دارا ومنعوا أهلها من الاستعانة مع قوة السلطان وحضوره فقطاع

(وقطاع الطريق على أربعة أقسام) فقط لأن الموجود منهم إما الاقتصار على القتل أو الجمع بينه وبين أخذ المال أو الاقتصار على أخذ المال أو على الإخافة ورتبها المصنف على هذا مبتدئا بالأول فقال (إن قتلوا) معصوما مكافئا لهم عمدا

(ولم يأخذوا المال قتلوا) حتما للآية السابقة

ولأنهم ضموا إلى جنايتهم إخافة سبيل المقتضية زيادة العقوبة

ولا زيادة هنا إلا تحتم القتل فلا يسقط

قال البندنيجي ومحل تحتمه إذا قتلوا لأخذ المال وإلا فلا تحتم

". (١)

"أي فلا ضمان على المستعير منهما (قوله وكذا مستعار الخ) أي ومثل المستعار من المستأجر والموصى له بالمنفعة والموقوف عليه المستعار من المالك ليرهنه فإنه لا ضمان إذا تلف في يد المرتهن لا على المستعير الذي هو الراهن ولا على المرتهن لأن الثاني أمين والأول لم يسقط الحق عن ذمته كما مر للشارح في مبحث الرهن أما إذا تلف في يد الراهن قبل الرهن أو بعد فكاك الرهن فالضمان عليه لأنه مستعير الآن (قوله لا ضمان عليه) أي المرتهن

وقوله كالراهن أي كما أنه لا ضمان على الراهن وقد علمت العلة في ذلك (قوله وكتاب موقوف) بالرفع معطوف على مستعار أي وكذا كتاب موقوف فإنه لا ضمان على من استعاره إذا تلف

وقوله على المسلمين أي وهو أحدهم

وقوله مثلا اندرج فيه الموقوف على العلماء أو السادة وهو ممنهم (قوله استعاره فقيه) أي من الناظر (قوله فتلف في يده من غير تفريط) أي أما به فيضمن (قوله لأنه الخ) تعليل لمحذوف أي فهو لا يضمنه لأنه من جملة المسلمين الموقوف عليهم (قوله لو اختلفا) أي المعير والمستعير صدق المعير أي

---

(١) الإقناع للشربيني، ٥٤١/٢

بيمينه وجرى م ر على تصديق المستعير لأن الأصل براءة ذمته وعبارته ولو اختلف في حصول التلف بالاستعمال المأذون فيه أو لا صدق المستعير بيمينه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لعسر إقامة البينة عليه ولأن الأصل براءة ذمته خلافا لما عزى للجلال البلقيني من تصديق المعير

اه

(قوله لأن الأصل الخ) علة لتصديق المعير

(وقوله حتى ينبت مسقطه) أي الضمان وهو ما مر من كون العارية تكون من مستأجر إجارة صحيحة أو من المالك للرهن ونحو ذلك (قوله ويجب عليه أي على المستعير مؤنة رد) أي للخبر الصحيح **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأنه قبضها لمنفعة نفسه

قال في المغني ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك إلا إذا حجر على المالك المعير فإنه لا يجوز الرد إليه بل إلى وليه

اه

(قوله على المالك) متعلق برد أي رد على المالك أي أو نحوه من مكتر وما في معناه كالموصى له بالمنفعة (قوله وخرج بمؤنة الرد) هي أجرة حمله أو من يوصله إلى المالك (وقوله مؤنة المعار) أي من نفقة وكسوة ونحوهما (قوله وخالف القاضي) ضعيف (قوله وجاز لكل من المعير الخ) شروع في بيان أن العارية جائز من الطرفين وإنما كانت كذلك لأنها مبرة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام منهما أو من أحدهما

(واعلم) أن العقود التي يعتبر فيها عاقدان تنقسم ثلاثة أقسام أحدها جائز من الطرفين فلكل من العاقدين فسخه وهو العارية والوكالة والشركة والقراض والوديعة والجعالة قبل الشروع في العمل أو بعده وقبل تمامه والوصية للغير بشيء من الأموال وغير ذلك كالرهن قبل القبض والهبة كذلك والثاني لازم منهما فليس لأحدهما فسخه بلا موجب يقتضيه كعيب وهو البيع والسلم بعد انقضاء الخيار والصلح والحوالة والإجارة والمساقاة والهبة بعد القبض إلا في حق الفرع والوصية بعد موت وغير ذلك كالنكاح والخلع والثالث جائز من أحدهما وهو الرهن بعد القبض بالإذن فإنه جائز من جهة المرتهن لازم من جهة الراهن والضمان فإنه جائز من جهة المضمون له لازم من جهة الضامن

والكتابة فإنها جائزة من جهة المكاتب لازمة من جهة السيد وهبة الأصل لرفعه بعد القبض بالإذن فإنها جائزة من جهة الأصل لازمة من جهة الفرع وغير ذلك كالجزية فإنها جائزة من جهة الكافر لازمة من جهة الإمام وقد نظمها بعضهم في قوله من العقود جائز ثمانية وكالة وديعة وعارية وهبة من قبل قبض وكذا شركة جعالة قراضية ثم السباق ختمها ولازم من العقود مثلها وها هيه إجارة خلع مساقاة كذا وصية بيع نكاح الغانية والصلح أيضا والحوالة التي تنقل حق ذمة لثانيه

". (١)

" عنده واستبدل به سواء تفرقا أم لا ذكره الأصل ولو اشترى شيئا بمكسرة في الذمة وأدى عنها صحاحا وفسخ بعيب أو غيره استرد الصحاح لأنها المدفوعة ومثله العكس وهذا من زيادته الثالثة لو باع عبدا بألف ثم أخذ ثوبا ورد عليه العبد بعيب رجع عليه المشتري بالألف لا بالثوب بناء على أن الفسخ يرفع العقد من حينه ولأن الثوب مملوك بعقد آخر وبهذا فارق ما قبله لأن الصحاح فيه كالمكسرة في وجوب قبولها لاتحادها معها جنسا ونوعا مع زيادة صفة لا تتميز ولو بان العيب بالثوب رده ورجع بالألف لا بالقيمة وكذا يرجع بالألف لو مات العبد المبيع قبل القبض بناء على أن الانفساخ يرفع العقد من حينه الرابعة لو باع عصيرا فبان به عيب وقد صار خمرا تعين الأرش للمشتري لتعذر رد البيع لأنه صار كالتالف وما قيل من أنه ينبغي أن لا أرش لعدم اليأس من الرد لاحتمال عود الخمر خلا ممنوع لأن ذلك محله في غير تعيب المبيع من بيع وهبة ونحوهما فإن تخلل بعد تخمره وقبل أخذ الأرش فللبائع استرداده ورد الثمن ولا أرش عليه ولا يضر الخروج في البين عن صفة المبيع وإن اشترى ذمي من ذمي خمرا بدراهم مثلا ثم أسلما أو أسلم البائع وحده ثم علم المشتري بها أي بالخمر عيبا فلا رد له بل للمشتري الأرش لتعذر الرد في ذلك وإن أسلم المشتري وحده فله الرد لأن المسلم لا يتملك الخمر بل نزيل يده عنها الخامسة مؤنة الرد للمبيع بعد الفسخ بالعيب أو غيره كالفسخ بالخيار على المشتري لأنه ضامن للمبيع كما ذكره بقوله ويده ضامنة وما كان مضمون العين فهو مضمون الرد لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الترمذي وصححه وكالمشتري في ذلك كل من كانت يده يد ضمان السادسة لو أوصى ببيع عبد مثلا وأن يشتري بثمنه جارية ويعتقها عنه الوصي ففعل الوصي ذلك ورد عليه العبد بعيب فله بيعه ثانيا لرد الثمن أي ليرده إلى المشتري

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ١٣٢/٣

ولو فرض الرد للمبيع بالعيب على وكيل لم يبعه ثانيا إلا بإذن جديد لأنه امتثل المأمور وهذا ملك جديد فاحتاج فيه إلى إذن جديد ويخالف الإيصاء فإنه تولية وتفويض كلي وكذا لو وكل شخص في بيع بشرط الخيار للمشتري مثلا فامتثل ورده عليه المشتري لا يبيعه ثانيا إلا بإذن جديد بناء على أن ملك البائع زال وعاد فهو كالرد بالعيب فلو باعه الوصي ثانيا فيما ذكر بمثل الثمن الأول فذاك ظاهر وإن باعه بأقل منه فالغرم للنقص عليه لأنه إنما أمر بشراء الجارية بثمن العبد لا بالزيادة عليه بل لو مات العبد في يده بعد الرد والحالة هذه أي عليه إن غرم النقص لو باعه بأقل من ثمنه غرم جميع الثمن قال الزركشي لأنه كان من حقه أن لا يشتري الجارية إلا بالمبلغ الأقل فهو بترك البحث مقصر وظاهر أنه إذا غرمه يرجع به على التركة وإن باعه بأكثر فإن كان لزيادة قيمته أو لرغبة فيه سلم الثمن الأول أي قدره للمشتري والزيادة للورثة وإلا بان أن البيع الأول باطل للغبن ويبطل شراء الجارية وعتقها إن اشتراها بعين ثمن العبد وإن اشتراها في الذمة وقع العقد له وعتقت عنه ثم في الحالين إن كان عالما بالغبن انعزل عن الإيصاء لخيانته كسائر الولايات فلا يمكنه شراء جارية أخرى بخلاف الوكيل وعامل القراض ونحوهما لا ينعزلون بمثل ذلك لأن كلا منهم يجوز أن يكون فاسقا ولأنهم يتصرفون للأحياء والأحياء يحتاطون لأنفسهم بخلاف الوصي فيهما وإلا اشترى جارية أخرى بثمن العبد وأعتقها عن الموصي ليخرج عن العهدة فرع ذكره في الكفاية لو اشترى الولي لطفلة شيئا فوجده معيبا فإن اشتراه بعين ماله فباطل أو في الذمة صح للولي ولو اشتراه فتعيب قبل القبض فإن كان الحظ في الإبقاء أبقى وإلا رد فإن لم يرد بطل إن اشتراه بعين ماله وإلا انقلب إلى الولي كذا في التتمة وأطلق الإمام والغزالي أنه يمتنع الرد إن كانت قيمته أكثر من الثمن ولا يطالب بالأرش لأن الرد ممكن وإنما امتنع للمصلحة ولم يفصلا

". (١)

" الباب الثاني في أحكامها وهي ثلاثة

الأول الضمان لها ولو للأجزاء منها لخبر أبي داود وغيره العارية مضمونة ولأنه مال يجب رده لمالكه فيضمن عند تلفه كالمأخوذ بجهة السوم ولأن المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٧٧

ولو كانت العارية أمانة لما استقر كالمودع من الغاصب فيضمنها إن تلفت في يده بآفة سماوية أو أتلفها هو أو غيره ولو بلا تقصير أو قرح أي جرح ظهرها بالاستعمال تعديا بأن حصل باستعمال غير مأذون فيه فإن تلفت هي أو أجزاؤها باستعمال مأذون فيه كاللبس والركوب المعتاد كل منهما لم يضمن الأجزاء والعين لحصول التلف بسبب مأذون فيه فأشبه ما لو قال اقتل عبدي وقد يعرض للعارية ما يمنع ضمانها كأن استعار من مستأجر ونحوه وسيأتي أو استعار شيئا ليرهنه وتقدم في الرهن وتضمن العارية بقيمة يوم التلف بغير الاستعمال لا بقيمة يوم القبض ولا بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف إذ لو اعتبر أحدهما لأدى إلى تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال المأذون فيه وظاهر كلامهم لزوم قيمة العين وإن كانت مثلية كخشب وحجر وهو ما جزم به في الأنوار واقتضاه بناء الروياني والبغوي وغيرهما ضمان المثلي على الخلاف في المتقوم حيث قالوا إن اعتبرنا أقصى القيم أوجبنا المثل أو قيمة يوم التلف وهو الأصح فالقيمة وخالف ابن أبي عصرون فضمن المثلي بالمثل على القياس وجرى عليه السبكي وهو الأوجه واقتصارهم على القيمة جرى على الغالب من أن العارية متقومة والقول بأنه لا فرق بين المثلي والمتقوم غير قويم وكذا يضمن المقبوض بالسوم بقيمة يوم تلفه إن كان متقوما واشتراط كونها أمانة لغو فلو أعاره بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط وكانت مضمونة ولم يتعرضوا لصحتها ولا لفسادها قال الإسنوي والقياس تخريجه على ما إذا أقرضه صحاحا بشرط أن يرد عنها مكسرا ونحو ذلك وقضيته ترجيح الصحة وإليه يومئ تعبيرهم بأن الشرط لغو

فرع لو أعار عينا بشرط ضمانها عند تلفها بقدر معين قال المتولي فسد الشرط دون العارية قال الأذرعي وفيه وقفة ولو ولدت في يد المستعير فالولد أمانة ولو ساقها المستعير فتبعها ولدها والمالك ساكت ينظر فالولد أمانة لأنه لم يأخذه للانتفاع به بل لتعذر حفظه بدون أمه وذلك أمانة شرعية كما لو طيرت الريح ثوبا إلى داره فإذا تمكن من رده فلم يرده ضمنه وقوله ينظر من زيادته ولو أبدله بقوله يعلم كان أولى

فرع مؤنة الرد للعارية إن كان له مؤنة على المستعير لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه

". (١)

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٢٨/٢

" بالاستحقاق في زمن الخيار فيجعل فسخا للبيع ثم لو عاد المبيع إلى البائع بإرث أو بغيره لزمه تسليمه للمدعي كما تقدم ذلك في الإقرار وصرح به الأصل هنا أيضا فإن استحق ببينة أو بتصديقهما أي البائع والمشتري للمدعي رجع المشتري على البائع بالثمن إن كان باقيا وببدله إن كان تالفا كما سيأتي في الدعاوى والبينات وإن صدقاه على استحقاق المبيع وكان عبدا وقد أعتقه المشتري لم يبطل العتق وإن وافقهما العبد على استحقاقه لأن في عتقه حقا لله تعالى ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه بخلاف موافقة المكاتب من المشتري لهما على استحقاقه لأنها أي الكتابة تقبل الفسخ بخلاف العتق ويفارق حكمه بطلان حرية اللقيط المحكوم بحريته بالدار إذا أقر برقه لإنسان بأن الحرية الجعلية أقوى من الشرعية لا سيما حرية الدار وللمدعي في مسألة العتق مطالبتهما أي مطالبة من صدقه منهما فيطالب البائع إن صدقه وحده والمشتري كذلك ويطالبهما معا إن صدقاه بالقيمة أي قيمة العبد والقرار على المشتري لأنه المتلف للرق لكن لا يطالب بفتح اللام بزيادة قيمته التي كانت في يد البائع فإن مات العتيق وقد اكتسب شيئا فهو للمدعي لأنه خالص حق آدمي وقد توافقوا على أنه المستحق له بخلاف العتق لكن لا يطالبه أي العتيق أي واضع يده على ما اكتسبه بكسب يفتقر إلى إذن السيد لأنه لم يأذن فيه وإن اختلفا أي المالك والغاصب في رد المغصوب حيا بأن قال الغاصب رددته حيا وقال المالك بل مات عندك وتعارضت بينتان لهما في ذلك سقطتا وصدق المالك بيمينه فيضمن الغاصب لأن الأصل بقاء الغصب وإن قال إنسان غصبنا من زيد ألفا ثم قال كنا عشرة وخالفه زيد صدق الغاصب بيمينه لأن الأصل براءته مما زاد

الباب الثاني في الطوارئ على المغصوب وفيه ثلاثة أطراف

الأول في النقص للقيمة أو الجزء أو الصفة ولا يضمن نقص القيمة بالرخص كأن غصب ما يساوي عشرة ورده بحاله وهو يساوي درهما إلا عند التلف أو ذهاب جزء وصفة فيضمن نقص القيمة بأقصى القيم وفي استثناء هذا مما قبله نوع قلاقة فإن غصب ثوبا أو عبدا قيمته من الدنانير عشرة فعادت بالرخص دينارا ثم تلف لزمه أقصى القيم من الغصب إلى التلف كما مر نظيره وإن لم يتلف بعد الرخص بل عادت قيمته باللبس للثوب أو نسيان الصنعة للعبد إلى نصف دينار لزمه مع رد هـ خمسة لنصفه التالف باللبس أو النسيان لأنها أقصى قيمة والنقص الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص وقد مر أنه غير مضمون ويجب مع الخمسة أجرة اللبس كما علم مما مر

وإن عادت العشرة التي هي قيمة الثوب أو العبد بالرخص إلى خمسة وبعده باللبس أو النسيان إلى دينارين ورده لزمه ستة لأن الذاهب منه بذلك ثلاثة أخماسه فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم وهي الستة فلو عادت العشرة باللبس أو النسيان إلى خمسة ثم بالغلاء إلى عشرين لزمه مع رده خمسة فقط وهي الفائتة باللبس أو النسيان لامتناع تأثير الزيادة الحاصلة بعد التلف بدليل أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم الزيادة وإن اختلفا أي المالك والغاصب هل حدث الغلاء قبل التلف باللبس أو النسيان أو بعده بأن قال المالك حدث قبله وقال الغاصب بل بعده صدق الغاصب بيمينه لأنه الغارم كما لو تلف كله واختلفا في أن القيمة زادت قبل التلف أو بعده

فصل وإن نقصت الصفة فقط أي دون الكل والجزء كمن ذبح شاة أو طحن حنطة أو نحوهما مما لا يسري إلى التلف ردها لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه مع الأرش ولو كان قدر القيمة كقطع يدي العبد وليس للمالك ترك المغصوب عنده وتغريم بدله لأنه عين ملكه فإن فعل بالمغصوب ما يسري إلى التلف كحنطة بلها فتعفنت أو جعلها هريسة فكالتالف لإشرافه على التلف ولو ترك بحاله لفسد فكأنه تالف فيغرم البدل من مثل أو قيمة وفارق نظيره في الفلس حيث جعل مشتركا بين البائع والمفلس ولم يجعل كالتالف بأنا لو لم نثبت له الشركة لما حصل له تمام حقه بل احتاج إلى المضاربة وهنا يحصل للمالك تمام

". (١)

" السارق والمسروق منه وقدر المسروق كما يؤخذ من كلام الأصل والحرز بتعيين أو وصف كنظيره فيما مر في المقر بالسرقة ويشترط أن يقول الشاهد لا أعلم له فيه شبهة وقياسه اشتراط ذلك في الإقرار بالسرقة وإن شهد له واحد بثوب أبيض أي بسرقته وآخر بأسود فله أن يحلف مع أحدهما وله مع ذلك أن يدعي الثوب الآخر ويحلف مع شاهده واستحقهما أي الثوبين لأن ذلك مما يثبت بالشاهد واليمين كما مر ولا قطع لاختلاف الشاهدين أو شهد اثنان بسرقة واثنان بسرقة فإن لم يتواردا على عين واحدة كالمثال السابق وكما لو شهد اثنان بسرقة كيس غدوة واثنان بسرقة كيس عشية ثبت القطع والمالان لتمام الحجتين وإن تواردا على عين واحدة واختلف الوقت كأن شهد اثنان بسرقة كذا غدوة واثنان بسرقته عشية تعارضتا

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/ ٣٥٠

فيتساقطان وفي صورة شهادة الواحد والواحد لا يقال تعارضتا لأن الحجة لا تتم وإن شهد أحدهما بكيس والآخر بكيسين ثبت الكيس وقطع به السارق إن بلغ نصابا وإن شهد بثوب وهو تالف وقد قومه أحدهما نصابا والآخر نصفه ثبت النصف لاتفاقهما عليه وله أن يحلف مع الآخر أي الشاهد بالنصاب للباقي منه أي لأخذه ولا قطع على السارق ولو شهد اثنان بسرقته وقوماه بنصاب وآخران بها وقوماه بنصفه ثبت النصف ولا قطع كما صرح به الأصل وقد يشمله كلام المصنف بجعل ألف شهدا راجعا إلى كل من واحد وواحد واثنين واثنين ولو شهد بسرقة مال شخص غائب أو حاضر حسبة قبلت شهادتهما تغليبا لحق الله تعالى ولا قطع على السارق حتى يطالب المالك أي يدعي بماله كما مر وتعاد الشهادة بعد دعواه للمال أي لثبوته لأن شهادة الحسبة لا تقبل في المال لا لثبوت القطع لأنه ثبت بشهادة الحسبة فيقطع بعد مطالبته لأنا قد سمعنا الشهادة أولا وإنما انتظرنا لتوقع ظهور مسقط ولم يظهر وفي حبسه ما في حبس المقر بسرقة مال غائب من تردد أي وجوه تقدم بيانها وبيان الراجح منها ولو سرق مال صبي أو مجنون أو سفيه فيما يظهر فلا قطع حتى يبلغ أو يفيق أو يرشد لاحتمال أن يقر له بأنه مالك لما سرقه كالغائب الباب الثالث في الواجب على السارق وهو ضمان المال وإن كان فقيرا فيلزمه رده إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا لخبر أبي داود **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولأن القطع لله تعالى والضمان للآدمي فلا يمنع أحدهما الآخر وقطع يده اليمنى قال تعالى فاقطعوا أيديهما وقرئ شاذا فاقطعوا أيمانهما والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج بها كما مر ولو كانت اليد زائدة الأصابع أو فاقدتها أو مقطوعة البعض لعموم الآية ولأن الغرض التنكيل بخلاف القود فإنه مبني على المماثلة كما مر وعلم من كلامه ما صرح به أصله أنه لو سرق مرارا ولم يقطع اكتفي بقطع يمينه عن الجميع لاتحاد السبب كما لو زنى أو شرب مرارا يكتفى بحد واحد وستأتي الأولى في الباب الآتي وإنما تعددت الكفارة فيما لو لبس أو تطيب في الإحرام في مجالس

".(١)

" ونحوهما ردت إليهم لعموم خبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ويعصي متلفها إلا إن أظهروها فلا يعصي ولا يضمن وإن لم يظهروها وتراق الخمر على مسلم اشتراها منهم وقبضها ولا ثمن عليه لهم لأنهم تعدوا بإخراجها إليه ولو قضى الذمي دين مسلم كان له عليه بثمن خمر أو نحوه حرم على المسلم قبوله إن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٥٢/٤

علم أنه ثمن ذلك لأنه حرام في عقيدته وإلا لزمه القبول وما اقتضاه كلامه كأصله في نكاح المشرك من أنه لا يحرم قبوله مع العلم ممنوع ويلزمنا الذب عنهم لعصمتهم لا إن كانوا مقيمين في دار الحرب وليس معهم مسلم إذ لا يلزمنا الذب عنها بخلاف دارنا إلا أن شرط الذب عنهم ثم أو انفردوا عنا ببلد مجاورين لنا فيلزمنا ذلك لالتزامنا إياه في الأولى وإن كره لنا طلبه وإلحاقا لهم في الثانية بباقي العصمة وإن عقدت أي الذمة بشرط أن لا نذب عنهم من يمر بنا ممن يقصدهم بسوء من أهل الحرب وهم مجاورون لنا أو أن لا نذب عنهم وهم معنا كما فهم بالأولى وصرح به الأصل فسد العقد لتضمنه تمكين الكفار منا بخلاف ما لو شرط أن لا نذب عنهم من لا يمر بنا أو من يمر بنا وهم غير مجاورين لنا ويجب علينا وعلى من هادناه غرم بدل ما أتلفناه أي نحن ومن هادناه عليهم أي على أهل الذمة للعصمة في الجانبين نعم إن كان إتلاف من هادناه بعد نقضه العهد فلا غرم عليه لأنه حربي وهذا يعلم مما يأتي فإن لم نذب عنهم فلا جزية لمدة عدم الذب كما لا يجب أجرة الدار إذا لم يوجد التمكين من الانتفاع بها فإن ظفر الإمام بمن أغار عليهم وأخذ أموالهم رد عليهم ما وجدوه من أموالهم ولا يضمنون أي المغيرون على أهل الذمة ما أتلفوه إن كانوا حربيين كما لو أتلفوا مالنا فصل ويمنعون وجوبا هنا وفيما يأتي من إحداث كنيسة وبيعة وصومعة للرهبان ونحوها في بلد أحدث في دار الإسلام كبغداد والكوفة والبصرة أو بلد أسلم أهله كالمدينة واليمن لأن كلا منها صار ملكا لنا ولأن إحداثها معصية فلا يجوز في دارنا فإن وجدت كنائس مثلا فيما ذكر جهل أصلها بقيت لاحتمال أنها كانت في قرية أو برية فاتصل بها عمران ما أحدث منا بخلاف ما لو علم إحداث شيء منها بعد بنائها وإن شرط حداثها في بلادنا فسد العقد لفساد الشرط ومن بنى منهم دارا لأبناء السبيل منا ومنهم لم يمنع لانتفاء المعصية فإن خصص الذميين بها فوجهان أحدهما وبه جزم صاحب الشامل كذلك كما لو وقف عليهم والثاني المنع لأنهم إذا انفردوا بسكناها صارت

". (١)

" وفائدة الخلاف في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة وقولنا بغير إذن مالكه احتراز عن أخذه من يد المالك بإذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احتراز عن السرقة ثم أشار إلى الخلاف بقوله فاستخدام العبد أي عبد الغير بغير إذنه وحمل الدابة أي دابة

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢١٩/٤

الغير بغير إذنه غصب لوجود إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة فيهما لا الجلوس على البساط لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه إذ البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال فلم يكن آخذا وعند الأئمة الثلاثة الجلوس أيضا غصب وحكمه أي الغصب الإثم إن علم أنه مال الغير وأن ذلك الفعل غصب وأقدم عليه أما إن ظن أنه ماله فالضمان ولا إثم إذ الخطأ مرفوع ووجوب رد عينه أي عين المغصوب في مكان غصبه أي غصب الغاصب إياها لاختلاف القيم باختلاف الأماكن إن كانت العين باقية لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترد أي يجب على اليد الغاصب رد ما أخذت حتى ترد فإذا ردت سقط وجوب الرد والضمان لو هلكت أي العين سواء علم أو لم يعلم وسواء هلك أو أهلك لأنه حق العبد فلا يتوقف

". (١)

"

وفي فتاوى قاضي خان رجل غصب أرض الوقف أو أرضا لصغير قال بعضهم يضمن الغاصب أجر المثل للوقف وللصغير وفي ظاهر الرواية لا يضمن فلو أن هذا الغاصب أجر الأرض المغصوبة من غيره يجب على المستأجر الأجر المسمى وذكر في التجنيس أن الفتوى في غصب العقارات والدور الموقوفة بالضمان كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان

رجل رهن ضيعة من رجل على مال أخذه منه ثم إنه وقف هذه الضيعة وقفا صحيحا هل يجوز هذا الوقف قال الخصاف رحمه الله تعالى إن افتكها من الرهن فالوقف جائز وإن لم يفتكها فالرهن صحيح لا يبطل ولا تخرج هذه الضيعة من الرهن بايقاف مالكها ألا ترى أن رجلا لو رهن ضيعة له ثم باعها أن من قول أصحابنا إن افتكها فالبيع صحيح نافذ وإن أجاز أيضا المرتهن البيع فالبيع جائز وكذلك الحكم أيضا في الرهن

رجل آجر ضيعة له سنين ثم إنه جعلها بعد ذلك صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على سبيل سماها ثم بعد ذلك تكون غلتها للمساكين أبدا حتى يرث الله الأرض ومن عليها قال الإمام أبو بكر الخصاف رحمه الله تعالى ليس لصاحب الأرض أن يبطل ما عقد من الإجارة فإذا انقضت مدة الاجارة كانت الضيعة وقفا

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/٧٨

قلت ولم أجزت هذه الصدقة وهي الساعة لا تكون وقفا قال هي الساعة وقف وإن كانت مشغولة بالاجارة ألا ترى أنه لو قال كنت وقفت هذه الضيعة على كذا وكذا قبل أن أؤاجرها وإنما آجرتها للوقف وأجرها مصروف في سبيل الوقف إنا نلزمه إقراره بالوقف ويكون الأجر الذي آجرها به مصروفا في السبيل الذي وقفها فيها وإنما قلنا إنها تكون وقفا بعد انقضاء الاجارة لأنها هي وقف إلا أن في هذا الوقت ليس له أن يبطل اجارة المستأجر ألا ترى أنه لو آجرها ثم باعها من رجل فإنه يقال للمشتري إن شئت فاصبر حتى تنقضي الاجارة فتأخذها بالشراء وإن شئت فأبطل شراءك فإن اختار الشراء صبر قال وليس له أن يبطل الشراء إلا عند القاضي أو عند السلطان وهذا قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالى الفصل الحادي عشر في الغصب والشفعة والقسمة

حكم الغصب نوعان أحدهما ما يرجع إلى الآخرة وهو الاثم واستحقاق المؤاخذة والثاني ما يرجع إلى الدنيا وهو أنواع بعضها يرجع إلى حال قيام العين وبعضها يرجع إلى حال هلاكها وبعضها يرجع إلى حال نقصانها وبعضها يرجع إلى حال زيادتها أما الذي يرجع إلى حال قيام العين فهو وجوب رد العين إلى مالكها في مكان غصبه لقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترد ثم الرد هو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا عنده لأنها قاصرة والكمال في رد الصورة والمعنى

وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين بدل عنها ولهذا يعتبر في غير ذوات الأمثال قيمة المغصوب يوم غصبه ويظهر ذلك في بعض الأحكام منها إذا غصب جارية قيمتها ألف وله ألف درهم وقد حال عليه الحول فإنه لا تجب عليه الزكاة عن الألف لأنه مديون والزكاة غير واجبة عليه منها إذا أبرأ

---

(١) ".

"

النكاح فجعل صغرى ويضم إليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق

---

(١) لسان الحكام، ص/٣٠٤

وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت إن قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع قوله ولنا الخ حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه أي تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا في قوله عز قائلا ذلك بما قدمت يداك أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله (١) وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف

". (٢)

"وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكار للوديعة غير أن المقر ليس خصما له في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وإن كانت مستهلكه لم يضمن وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لأنه لما لم يضمن بالآستهلاك وله فيه جنايه ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى وهو روايه أبي يوسف عن أبي حنيفه وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمه وابن

---

(١) **على اليد ما أخذت** حتى ترد

(٢) شرح فتح القدير، ٤/١٥

سيرين وروي الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اى في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتى وإسحاق وحماد وقال مالك إن كان السارق موسرا ضمن وإن كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف إن كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذاكله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى { فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } **وعلى اليد ما أخذت** حتى ترد ولأنه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغضب والمانع إنما هو منافاة بين حقي الطقع والضمان ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فإنكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها جقا للذمي فهذا إلزامي فأنهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روي النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضاله عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله

". (١)

"بها غاصبا هذا إذا شهدا كذلك لميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد رجل كذلك أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو اقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة لأبي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا لملكه إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/٤١٣

بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء وبخلاف الأخذ فإن له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده فيقضى به وايضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعي الملك أجيب بأن ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثاني بتأمل يسير قوله وإن أقر الخ يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان فإنه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعي تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم وإنما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان

تتمة شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه فلو قالوا إنه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال لا يصح ولم يحك خلافا لأن المورث إن كان حيا فالمدعي ليس خصما وإن كان ميتا فإثبات الملك للميت حالا محال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لأنا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل مالم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم

".(١)

---

(١) شرح فتح القدير، ٤٦٠/٧

"ولان الاصل براءة ذمته، خلافا لما عزى للجلال البلقيني من تصديق المعير.

اه.

(قوله: لان الاصل الخ) علة لتصديق المعير.

(وقوله: حتى ينبت مسقطه) أي الضمان، وهو ما مر من كون العارية تكون من مستأجر إجارة صحيحة، أو من المالك للرهن، ونحو ذلك (قوله: ويجب عليه، أي على المستعير مؤنة رد) أي للخبر الصحيح **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ولانه قبضها لمنفعة نفسه.

قال في المغني، ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك، إلا إذا حجر على المالك المعير، فإنه لا يجوز الرد إليه، بل إلى وليه.

اه.

(قوله: على المالك) متعلق برد، أي رد، على المالك، أي أو نحوه، من مكتر، وما في معناه، كالموصى له بالمنفعة (قوله: وخرج بمؤنة الرد) هي أجرة حمله أو من يوصله إلى المالك (وقوله: مؤنة المعار) أي من نفقة وكسوة ونحوهما (قوله: وخالف القاضي) ضعيف (قوله: وجاز لكل من المعير الخ) شروع في بيان أن العارية جائز من الطرفين، وإنما كانت كذلك لانها مبرة من المعير، وارتفاق من المستعير، فلا يليق بها الالزام منهما، أو من أحدهما.

(واعلم) أن العقود التي يعتبر فيها عاقدان تنقسم ثلاثة أقسام: أحدها جائز من الطرفين، فلكل من العاقدين فسخه، وهو العارية، والوكالة، والشركة، والقراض، والوديعة، والجعالة قبل الشروع في العمل، أو بعده وقبل تمامه، والوصية للغير بشئ من الاموال، وغير ذلك، كالرهن قبل القبض، والهبة كذلك، والثاني لازم منهما، فليس لاحدهما فسخه بلا موجب يقتضيه، كعيب وهو البيع، والسلم بعد انقضاء الخيار، والصلح، والحوالة، والاجارة، والمساقاة، والهبة بعد القبض، إلا في حق الفرع والوصية بعد موت، وغير ذلك، كالنكاح والخلع، والثالث، جائز من أحدهما، وهو الرهن بعد القبض بالاذن، فإنه جائز من جهة المرتهن، لازم من جهة الراهن والضمان، فإنه جائز من جهة المضمون له، لازم من جهة الضامن.

والكتابة: فإنها جائزة من جهة المكاتب، لازمة من جهة السيد، وهبة الاصل لرفعه بعد القبض بالاذن، فإنها جائزة من جهة الاصل، لازمة من جهة الفرع، وغير ذلك، كالجزية، فإنها جائزة من جهة الكافر، لازمة من جهة الامام، وقد نظمها بعضهم في قوله: من العقود جائز ثمانية وكالة، وديعة، وعارية وهبة من قبل قبض،

وكذا شركة، جعالة قراضية ثم السباق ختمها، ولازم من العقود مثلها وها هيه: إجارة، خلع، مساقاة، كذا وصية، بيع نكاح الغانية

والصلح أيضا، والحوالة التي تنقل حق ذمة لثانيه وخمسة لازمة من جهة: رهن، ضمان، جزية، أمانيه كتابة، وهي ختام يا فتى فاسمع بأذن للصواب واعية وقوله ثمانية، ليس القصد الحصر، وإلا فهي تزيد على ذلك، ومثله يقال في قوله، ولازم من العقود مثلها، وقوله ثم السباق، أي المسابقة، أي عقدها، وفيه أنها إن كانت من غير عوض من أحدهما، فهي لازمة من الطرفين، وإن كانت بعوض من أحدهما، فهي جائزة في حق الآخر، وقوله أمانيه، بتخفيف الياء، ومراده بها الامان، فهو جائز من جهة الكافر، لازم من جهتنا، وزاد بعضهم في اللازمة منهما، فقال: وهبة من بعد قبض يا فتى فإنها من بعد قبض لازمه واستثن أصلا أن يهب لفرعه من بعد قبض الفرع فهي جائزة." (١)

"٥ - أن يكون المستعير أهلا للتصرف.

- ما تحرم إعارته:

تجوز إعارة كل عين ينتفع بها مع بقائها كالدور، والآلات، والدواب ونحوها مما منفعته مباحة الاستعمال، فلا تجوز إعارة الأواني لشرب الخمر .. ولا الأجهزة لسماع الغناء .. ولا الدور للبغاء .. ولا الجواري للاستمتاع .. ولا المصحف للكافر .. ولا المحل لبيع المحرمات؛ لما في ذلك وغيره من التعاون على الإثم والعدوان.

- حفظ العارية:

يجب على المستعير حفظ العارية، والعناية بها، واستعمالها استعمالا حسنا، وردها سليمة إلى صاحبها.

- ضمان العارية:

يجب على المستعير حفظ العارية، وحسن استعمالها.

وإذا تلفت العارية بيد المستعير ضمنها مطلقا، سواء فرط أو لم يفرط؛ لأن **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه، والمستعير استعارها لمصلحته، ولأنها مال يجب رده لمالكه، فيضمن عند تلفه بقيمته يوم التلف، وهذا فيما لو تلفت بدون الاستعمال. أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان إلا إن تعدى المستعير أو فرط.

١ - قال الله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا

---

(١) إعانة الطالبين، ١٥٧/٣

بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا (٥٨)} [النساء:٥٨].

٢ - وعن يعلى رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أتتك رسلي." (١)

"- ما يحرم إعارته:

يحرم إعارة ما فيه معصية لله تعالى كالأواني لشرب الخمر، والدور للبغاء، ونحوها من المحرمات.

- حفظ العارية:

يجب على المستعير المحافظة على العارية وردها سليمة إلى صاحبها، ولا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره إلا بإذن مالكها.

- ضمان العارية:

تضمن العارية مطلقا إن تلفت بيد المستعير سواء فرط أو لم يفرط، فإن **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه، إلا أن يتنازل عنها المعير فيسقط الضمان.

١ - قال الله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا (٥٨)} [النساء/٥٨].

٢ - وعن يعلي رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا» قال: فقلت: يارسول الله، أعارية مضمونة أو عارية مؤداة؟ قال: «بل مؤداة». أخرجه أبوداود (١).

- انتهاء عقد العارية:

ينتهي عقد العارية بما يلي:

١ - رد المستعير العارية.

٢ - موت أحد العاقدين أو جنونه.

٣ - الحجر على المعير بسبب الإفلاس.

٤ - الحجر على أحد العاقدين بالسفه.

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري، محمد بن إبراهيم ٣/٥٥٤

(١) صحيح/ أخرجه أبوداود برقم (٣٥٦٦).." (١)

"على أن غسل النجاسات لا يجوز إلا بالماء وهذا غلط، وليس فيه بيان موضع الخلاف لأن الذي تضمنه الخبر الأمر بغسل دم الحيض بالماء، ومتى أزيل الدم بخل أو نحوه لم يبق هناك دم تناوله لفظ الخبر، فإذن لا تعلق لهذا الخبر بمسألة الخلاف. ومثله استدلال من استدل على نجاسة الماء بموت (الذباب فيه) بقوله تعالى: {حرمت عليكم الميتة} [المائدة: ٣] والآية إنما أوجبت تحريم الميتة، والماء الذي فيه ميتة لا يسمى ميتة فكيف يجوز اعتبار عموم لفظ لم يتناول الماء بحال. ونظيره استدلال من يستدل على ضمان العارية والسرقة عند الهلاك بقوله – صلى الله عليه وسلم – «**على اليد ما أخذت** حتى ترده» . والخبر إنما أوجب رد المأخوذ بعينه، والقيمة التي يريد المخالف تضمينها إياه لا ذكر لها في الخبر فاعتبار العموم فيه ساقط. ومما يكثر استعماله من ألفاظ العموم بين المناظرين حديث القاسم بن محمد عن." (٢)

"، قال: حدثنا محمد بن يحيى ومحمد بن المثنى قالا: حدثنا بشر بن عمر، قال: حدثنا مالك عن ابن شهاب، عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

قال الشيخ لا عذر لمالك بعد هذا والله أعلم.

قال أبو داود: حدثنا إسحاق بن إسماعيل، قال: حدثنا سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ترقبوا ولا تعمروا فمن ارقب شيئا أو اعمره فهو لورثته.

قال الشيخ والرقبى أن يرقب كل واحد منهما موت صاحبه فيكون الدار التي جعلها رقبي لآخر من بقي منهما.

وقال أبو حنيفة العمرى موروثة والرقبى عارية وعند الشافعي الرقبى موروثة كالعمرى وهو حكم ظاهر الحديث.

ومن باب تضمين العارية

(١) مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، التويجري، محمد بن إبراهيم ص/٧٦١

(٢) الفصول في الأصول الجصاص ٥٤/١

قال أبو داود: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ثم إن الحسن نسي قال هو أمينك لا ضمان عليه.

قال الشيخ في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة وذلك أن على كلمة الزام وإذا حصلت اليد أخذه صار الأداء لازما لها والأداء قد يتضمن العين إذا كادت موجودة والقيمة إذا صارت مستهلكة ولعله أملك بالقيمة منه بالعين.

قال أبو داود: حدثنا الحسن بن محمد وسلمة بن شبيب قالا: حدثنا يزيد بن." (١)

"ثم لو صحت هذه الألفاظ لما كان فيها إلا أنها مؤداة، وهكذا نقول: إن أداءها فرض، والتضمين غير الأداء، وليس فيه أنها مضمونة أصلا - فبطل تعلقهم بشيء منها.

وذكروا ما روينا من طريق شعبة عن قتادة عن سمرة بن جندب عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» - وهذا منقطع؛ لأن قتادة لم يدرك سمرة.

ورويناه من طريق يحيى بن سعيد القطان عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» الحسن لم يسمع من سمرة ثم لو صح فليس فيه إلا الأداء، وهكذا نقول، والأداء غير الضمان في اللغة والحكم، ويلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمنوا بذلك المرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد، وكل هذا قد قال بتضمينه طوائف من الصحابة فمن بعدهم فظهر تناقضهم.

وقد روينا من طريق أحمد بن شعيب نا إبراهيم بن المستمر نا حبان بن هلال نا همام بن يحيى نا قتادة عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال: قال لي رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: بل عارية مؤداة» فهذا حديث حسن ليس في شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به وقد فرق فيه بين الضمان، والأداء، وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان - فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص.

وقالوا: وجدنا كل ما يقبضه بعض الناس من بعض من الأموال ينقسم ثلاثة أقسام -: أحدها - قسم منفعة

---

(١) معالم السنن الخطابي ١٧٥/٣

للدافع دون المدفوع إليه، كالوديعة، والوكالة – فهذا غير مضمون، فواجب أن يكون كل ما في هذا الباب كذلك وثانيها – قسم منفعته للدافع والمدفوع إليه معا، كالقراض، وقد أتفقنا على أنه غير مضمون، فوجب أن يكون الرهن وكل ما في هذا الباب كذلك.

وثالثها – ما منفعته المدفوع إليه دون الدافع كالقرض، وقد صح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العارية وكل ما في هذا الباب كذلك.." (١)

"وحدثنا عبد الوارث قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا محمد بن الجهم قال حدثنا عبد الوهاب قال أخبرنا سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ثم إن الحسن نسي قال هو أمينك فلا ضمان عليه وحدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا محمد بن الجهم قال حدثنا عبد الوهاب قال أخبرنا سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي قال قتادة ثم إن الحسن نسي هذا الحديث فقال أمينك لا ضمان عليه." (٢)

"ومن المجاز تسميتهم باسم بعض١ يقول القائل من على رأس كذا يريد نفسه وقال تعالى: {أو ما ملكت أيمانكم} النساء ٣ أي ملككم ومن ذلك قوله فظلت أعناقهم لها خاضعين الشعراء ٤ أي فظلوا ومن ذلك قوله عليه السلام: "**على اليد ما أخذت** حتى ترد" ٢ وقد فرع مشايخنا على هذا مسألة إضافة الطلاق إلى اليد والرجل وقد بينا فى الخلافيات وعلى هذا الأصل تفريعات كثيرة.

ومن المجاز تسميتهم الشيء باسم الشيء على معنى التشبيه٣ قال النبي صلى الله عليه وسلم لخالد بن الوليد: "هو سيف من سيوف الله عز وجل" ٤ أي كالسيف فى إمضائه وركب فرسا لأبى طلحة فقال وجدناه بحرا شبهه به لسعة الجرى ومنه تسمية الشجاع أسدا والبليد حمارا والشرير كلبا.

ومن وجوه المجاز أيضا تسمية الشيء باسم ما يقابله٥ مثل قوله تعالى: {وجزاء سيئة سيئة مثلها} [الشورى: ٤٠] سمى الثانى سيئة وأن كان جزاء السيئة حقيقة لأنه يقابله وكذلك قوله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: ١٩٤] فسمى الثانى اعتداء لمكان المقابلة ومن المجاز تسمية الشيء باسم غيره إذا قام مقامه وسد مسده وقد ورد هذا فى الأشعار.

---

(١) المحلى بالآثار ابن حزم ١٤٤/٨

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ابن عبد البر ٤٣/١٢

ومن المجاز حذفهم بعض الكلام على وجه لا يؤدى إلى الالتباس قال الله تعالى: {واسأل القرية} [يوسف: ٨٢] أى أهل القرية وقال تعالى: {الحج أشهر معلومات} [البقرة: ١٩٧] أى وقت الحج أشهر معلومات. ومن المجاز أيضا الاستعارة فإن العرب تستعير الشيء لنوع مقاربة بينهما قال الله تعالى: {حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر} [البقرة: ١٨٧] .

---

١ انظر المحصول ١٣٦/١.

٢ أخرجه أبو داود البيوع ٢٩٤/٣ ح ٣٥٦١ والترمذي البيوع ٥٥٧/٣ ح ١٢٦٦ وقال حديث حسن صحيح وابن ماجه الصدقات ٨٠٢/٢ ح ٢٤٠٠ وأحمد المسند ١٢/٥ ح ٢٠١٠٩ انظر نصب الراية ١٦٧/٤.

٣ انظر المحصول ١٣٥/١.

٤ أخرجه البخاري فضائل الصحابة ١٢٦/٧ ح ٣٧٥٧ ومسلم الزكاة ٧٤٣/٢ ح ١٠٦٤/١٣٥ ولفظ الحديث عند البخاري والترمذي المناقب ٦٨٨/٥ ح ٣٨٤٦ وأحمد المسند ١١٢/٤ ح ١٦٨٢٩.

٥ انظر المحصول ١٣٤/١.." (١)

"عاما بهذا فلا بأس.

فإن قيل: فهل يجوز أن يقال هذا عام مخصوص، وهذا عام قد خصص؟ قلنا: لا لأن المذاهب ثلاثة مذهب أرباب الخصوص، ومذهب أرباب العموم، ومذهب الواقفية. أما أرباب الخصوص فإنهم يقولون: لفظ المشركين مثلا موضوع لأقل الجمع، وهو للخصوص، فكيف يقولون إنه عموم قد خصص؟ وأما أرباب العموم فيقولون: هو للاستغراق فإن أريد به البعض فقد تجوز به عن حقيقته، ووضعه فلم يتصرف في الوضع، ولم يغير حتى يقال: إنه خصص العام أو هو عام مخصوص؟ ، وأما الواقفية فإنهم يقولون: إن اللفظ مشترك، وإنما ينزل على خصوص أو عموم بقرينة، وإرادة معينة، كلفظ العين فإن أريد به الخصوص فهو موضوع له لا لأنه عام قد خصص، وإن أريد به العموم فهو موضوع له لا أنه خاص قد عم. فإذا هذا اللفظ مؤول على كل مذهب، فيكون معناه أنه كان يصلح أن يقصد به العموم فقصد به الخصوص؛ هذا على مذهب الوقف، وعلى مذهب الاستغراق إن وضعه للعموم، واستعمل في غير وضعه مجازا فهو عام بالوضع خاص بالإرادة،

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ٢٨٦/١

والتجوز، وإلا فالعام، والخاص بالوضع لا ينقلب عن وضعه بإرادة المتكلم.

فإن قيل: فما معنى قولهم: خصص فلان عموم الآية، والخبر إن كان العام لا يقبل التخصيص؟ قلنا: تخصيص العام محال كما سبق، وتأويل هذا اللفظ أن يعرف أنه أريد باللفظ العام بالوضع أو الصالح لإرادة العموم، والخصوص، فيقال على سبيل التوسع لمن عرف ذلك أنه خصص العموم أي: عرف أنه أريد به الخصوص، ثم من لم يعرف ذلك لكن اعتقده أو ظنه أو أخبر عنه بلسانه أو نصب الدليل عليه يسمى مخصصا، وإنما هو معرف، ومخبر عن إرادة المتكلم، ومستدل عليه بالقرائن لا أنه مخصص بنفسه. " هذه هي المقدمة.

[الباب الأول في العموم هل له صيغة أم لا]

أما الأبواب فهي خمسة: الباب الأول: في أن العموم هل له صيغة أم لا؟ واختلاف المذاهب فيه الباب الثاني: في تمييز ما يمكن دعوى العموم فيه عما لا يمكن. الباب الثالث: في تفصيل الأدلة المخصصة. الباب الرابع: في تعارض العمومين. الباب الخامس: في الاستثناء، والشرط. الباب الأول: في أن العموم هل له صيغة في اللغة أم لا.

ولنشرح أولا صيغ العموم عند القائلين بها، ثم اختلاف المذاهب، ثم أدلة أرباب الخصوص، ثم أدلة أرباب العموم، ثم أدلة أرباب الوقف، ثم المختار فيه عندنا، ثم حكم العام عند القائلين به إذا دخله التخصيص؛ فهذه سبعة فصول في صيغ العموم.

واعلم أنها عند القائلين بها خمسة أنواع:

الأول: ألفاظ الجموع، إما المعرفة كالرجال، والمشركين، وإما المنكرة كقولهم: رجال، ومشركون كما قال تعالى: {ما لنا لا نرى رجالا} [ص: ٦٢] ، والمعرفة للعموم إذا لم يقصد بها تعريف المعهود، كقولهم: " أقبل الرجل، والرجال " أي: المعهودون المنتظرون

الثاني: من " " وما " إذا وردا للشرط، والجزاء كقوله: - عليه السلام - «من أحيا أرضا ميتة فهي له، **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه» ، وفي معناه " متى " " وأين " للمكان، والزمان كقوله: متى جئتني أكرمتك، وأينما كنت أتيتك

الثالث: ألفاظ النفي، كقولك: ما جاءني أحد، وما في الدار ديار.

الرابع: الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف، واللام لا للتعريف كقوله تعالى: {إن الإنسان لفي خسر} [العصر: ٢] وقوله: {، والسارق والسارقة} [المائدة: ٣٨] . أما النكرة." (١)

"و" لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول" (١)، و "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" (٢). فيدل ذلك على أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها.

فصل

فأما تعليق الحكم على الأسماء، مثل قوله - صلى الله عليه وسلم -: "جعلت لي الأرض مسجدا وجعل ترابها طهورا" (٣)، فيدل على أن غير التراب عندهم ليس بطهور (٤)، واستقصى قوم إلى أن جعلوا تعليق الأحكام على أسماء الألقاب يدل على أن ما عداها بخلافه، وترك المكالمة لهم

= حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، بلفظ: "المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار".

(١) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه (١٧٩٢) من حديث عائشة -رضي الله عنها- وأخرجه عن علي -رضي الله عنه-: أحمد ١/ ١٤٨، وأبو داود (١٥٧٣)، والبيهقي ٤/ ٩٥، والدارقطني ٢/ ٩١، وابن أبي شيبة ٣/ ١٥٨ و ١٥٩، بلفظ: "ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول".

وفي الباب عن أنس وابن عمر، انظر" نصب الراية"٢/ ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٢) أخرجه أحمد ٥/ ٨ و١٢، وأبو داود (٣٥٦١). والترمذي (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢٤٠) والدارمي ٢/ ٢٦٤.

(٣) جزء من حديث خصال النبي صلى الله عليه وسلم التي فضل بها على غيره، أخرجه البخاري (٣٣٥) في التيمم، و (٤٣٨) في الصلاة، و (٣١٢٢) في الجهاد، ومسلم (٥٢١)، وأحمد ٣/ ٣٠٤، والنسائي ١/ ٢٠٩ - ٢١١، والدارمي ١/ ٣٢٢ - ٣٢٣، وابن حبان (٦٣٩٨) من حديث جابر بن عبد الله.

وفي الباب عن أبي ذر عند أحمد ٥/ ١٤٨، وأبي داود (٤٨٩١) أوالحاكم ٢/ ٤٢٤

---

(١) المستصفى أبو حامد الغزالي ص/٢٢٥

(٤) هذا رأي أكثر الحنابلة، كما قرره المجد في "المسودة" ص (٣٥٢)، وانظر "العدة" ٢/ ٤٧٥، و"شرح الكوكب المنير" ٣/ ٥٠٩ - ٥١٠.." [1]

"«**على اليد ما أخذت** حتى ترد» ، فقد أقر بفعل موجب للضمان، وادعى البراءة فلم يصدق على دعوى البراءة وغرم، كما لو قال: " هدمت جدارك بإذنك، ومزقت ثوبك بإذنك.

٤٤٧ - إذا استعار شيئا له حمل ومئونة مثل الرحى وغيره، ثم أراد أن يرده فمئونة الرد على المستعير، وكذلك مئونة الرد على الغاصب.

وأما إذا استأجر شيئا له حمل ومئونة فمئونة الرد على المكري دون المستأجر.

والفرق أن يد المستعير يد لنفسه، بدليل ما بينا، وكذلك الغاصب، فلو أوجبنا عليه مئونة الرد لم يثبت له الرجوع على المعير، فجاز أن تلزمه، المئونة.

وليس كذلك المستأجر؛ لأن يده يد للمكري، بدليل ما بينا فلو أوجبنا عليه الأجرة فيما يرد لجعلنا له الرجوع عليه، فمن حيث يرد يرجع عليه، فلا فائدة في الوجوب.

٤٤٨ - قال في الأصل: وإن قال المودع: بعثت الوديعة إليك مع رسولي وسمى أجنبيا فهو ضامن حتى يقر المعير بوصولها إليه، وكذلك العارية في جميع ذلك.

وقال القاضي الإمام - رحمه الله - وهذا يدل على أنه ليس للمستعير أن يودع، وله أن يعير.

والفرق أنه إنما جعل له الإمساك على وجه ينتفع به من غير أن يحبسه عنه، والإعارة نوع انتفاع؛ لأنه يحصل له الحمد والشكر، وانتفاعه وانتفاع." [2]

"(المسألة السابعة والستون بعد المائة: المضمونات بالغصب (قسز) :)

المذهب: لا يملكها الغاصب.

عندهم: ف.

الدليل من المنقول:

لنا: ... .

---

(١) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ٢/٤٥

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ٢/٣٠

لهم:

قوله عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه "، وجه الدليل أنه يجب عليه رد العين فما أداه هو عوض عنها.

الدليل من المعقول:

لنا:

الغصب جناية فلا يكون سببا للملك كما في حق المدبر، وذلك لأن الملك حكم شرعي فيقتضي سببا شرعيا، والغصب عدوان فلا يترتب عليه." (١)

"(المسألة الثانية والسبعون بعد المائة: إذا غصب ساحة أدرجها في بنائه (قعب) :)

المذهب: نزعت بحق المالك.

عندهم: ينتقل إلى القيمة.

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى ترده ".

لهم: ... .

الدليل من المعقول:

لنا: ... .." (٢)

"المسألة الحادية عشرة بعد المائتين: إذا تعدى المودع في الوديعة (ريا) :

المذهب: يضمن، فإن عاد إلى الوثاق لم يبرأ من الضمان.

عندهم: يبرأ من الضمان بعوده.

الدليل من المنقول:

لنا:

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٣/٦٠

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٣/٨٣

قال النبي عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه "، وجه الدليل أن يده قد صارت عادية آخذة، فالضمان عليه إلى أن يرد، فمن ادعى الرد أو طريان قاطع للضمان فعليه الدليل.

لهم: ... .

الدليل من المعقول:

لنا:

زالت يد الوديعة فارتفع العقد؛ لأنها دخلت في ضمان المودع وصارت." (١)

"(المسألة الثامنة والعشرون بعد الثلثمائة: شكح.)

القطع والغرم.

المذهب: يجتمعان.

عندهم: لا يجتمعان.

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى ترد ".

لهم:

قال الله تعالى: {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا} جعل القطع جزاء الفعل فمن زاد الغرم فقد زاد في النص، وذلك نسخ.

الدليل من المعقول:

لنا:

الكلام في الضمان فنقول: تحقق سببه، ذلك لأن السبب هو أخذ مال." (٢)

"(المسألة الخامسة والثلاثون بعد الثلثمائة: شله.)

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٣/٢٦٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤/٥١١

من أسلم ولم يهاجر إلينا.

المذهب: تضمن نفسه وماله قصاصا ودية وكفارة.

عندهم: خالف إلا في الكفارة.

الدليل من المنقول:

لنا:

العمومات الواردة في وجوب القصاص والدية بقتل المسلم وأخذ ماله كقوله: {النفس بالنفس} ، وقول النبي عليه السلام: " **على اليد ما أخذت** حتى ترد "، ويدل على العصمة قوله عليه السلام: " فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم ".

لهم:

قال تعالى: {ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة} ، وقال: {وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة} أراد الذمي، وقال: {فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة} أراد من أسلم في دار." (١)

"وإما عامة فيما لا يعقل؛ إما مطلقا من غير اختصاص بجنس مثل (ما) في الجزاء كقوله: **على اليد ما أخذت** حتى ترد، والاستفهام تقول: ماذا صنعت؟ ، وإما لا مطلقا، بل مختصة ببعض أجناس ما لا يعقل مثل (متى) في الزمان جزاء واستفهاما، و (أين) و (حيث) في المكان جزاء واستفهاما تقول: متى جاء القوم؟ ومتى جئتني أكرمتك وأين كنت؟ وأينما كنت أكرمتك.

وإذ أتينا على ما أردناه من بيان المقدمة فلنشرع الآن في المسائل وهي خمس وعشرون مسألة.

[المسألة الأولى العموم من عوارض الألفاظ]

المسألة الأولى (١) اتفق العلماء على أن العموم من عوارض الألفاظ حقيقة، واختلفوا في عروضه حقيقة للمعاني فنفاه الجمهور وأثبته الأقلون.

وقد احتج المثبتون بقولهم الإطلاق شائع ذائع في لسان أهل اللغة بقولهم: عم الملك الناس بالعطاء والإنعام، وعمهم المطر والخصب والخير وعمهم القحط.

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٥٤١/٤

وهذه الأمور من المعاني لا من الألفاظ.

والأصل في الإطلاق الحقيقة.

أجاب النافون بأن الإطلاق في مثل هذه المعاني مجاز لوجهين: الأول: أنه لو كان حقيقة في المعاني لاطرد في كل معنى إذ هو لازم الحقيقة، وهو غير مطرد.

ولهذا فإنه لا يوصف شيء من الخاصة الواقعة في امتداد الإشارة إليها كزيد وعمرو بكونه عاما لا حقيقة ولا مجازا.

الثاني: أن من لوازم العام أن يكون متحدا ومع اتحاده متناولا لأمور متعددة من جهة واحدة.

والعطاء والإنعام الخاص بكل واحد من الناس غير الخاص بالآخر منها، وكذلك المطر فإن كل جزء اختص منه بجزء من الأرض لا وجود له بالنسبة إلى الجزء الآخر منها، وكذلك الكلام في الخصب والقحط فلم يوجد من

---

(١) انظر ص ١٨٨ - ١٩١ من ج ٢٠ من مجموع فتاوى ابن تيمية وص ٩٧ من مسودة آل تيمية ط المدني." (١)

"رواه أبو داود (١) والترمذي (٢) وقال: حديث حسن غريب.

٥٠٣٦ - عن يوسف بن ماهك المكي قال: "كنت أكتب لفلان نفقة أيتام كان وليهم، فغالطوه بألف درهم، فأداها إليهم، فأدركت لهم من مالهم مثلها، قال: قلت: أقبض الألف الذي ذهبوا (به) (٣) منك؟ قال: لا، حدثني أبي أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: أد (الأمانة) (٣) إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك".

كذا رواه د (٤)، ولم يسم يوسف بن ماهك الرجل (الذي) (٥) حدثه.

٥٠٣٧ - عن الحسن عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. ثم نسي الحسن قال: لا يضمن".

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الآمدي، أبو الحسن ٢/١٩٨

رواه الإمام أحمد (٦) -وهذا لفظه- د (٧) س (٨) ق (٩) ت (١٠) فقال: "قال قتادة: ثم نسي الحسن (فقال:) (١١) هو أمينك ولا ضمان عليه". وقال: حديث حسن (١٢).

---

(١) سنن أبي داود (٣/ ٢٩٠ رقم ٣٥٣٥).

(٢) جامع الترمذي (٣/ ٥٦٤ رقم ١٢٦.(٤

(٣) من سنن أبي داود.

(٤) سنن أبي داود (٣/ ٢٩٠ رقم ٣٥٣٤).

(٥) ليست في "الأصل".

(٦) المسند (٥/ ١٣).

(٧) سنن أبي داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١).

(٨) السنن الكبرى (٣/ ٤١١ رقم ٥٧٨٣).

(٩) سنن ابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠).

(١٠) جامع الترمذي (٣/ ٥٦٦ رقم ١٢٦٦).

(١١) من جامع الترمذي.

(١٢)كذا في تحفة الأحوذي (٤/ ٤٨٣ رقم ١٢٨٤) وتحفة الأشراف (٤/ ٦٦ رقم ٤٥٨٤) وفي جامع الترمذي وعارضة الأحوذي (٥/ ٢٦٩، ٦/ ٢١): حديث حسن صحيح.." [١]

"وعند أبي داود: قال: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. ثم إن الحسن نسي، قال: هو أمينك ولا ضمان عليه".

ولم يذكر ابن ماجه قول قتادة.

٥٠٣٨ - عن أمية بن صفوان عن أبيه "أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعار منه يوم حنين أدراعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة. قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب".

---

(١) السنن والأحكام عن المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام المقدسي، ضياء الدين ٤/٤٧٨

رواه الإمام أحمد (١) وهذا لفظه، وروى د (٢) س (٣) إلى قوله: "مضمونة".

٥٠٣٩ - وروى أبو داود (٤) عن أناس من آل عبد الله بن صفوان أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (قال) (٥): "يا صفوان، هل (عندك) (٥) من سلاح؟ قال: عارية أم غصبا؟ قال: لا بل عارية. فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعا، وغزا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حنينا فلما هزم المشركون جمعت دروع صفوان، ففقدمنها أدرعا، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لصفوان: إنا قد فقدنا من أدراعك أدراعا فهل نغرم لك؟ قال: لا يا رسول الله؛ لأن (في) (٥) قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ".

٥٠٤٠ - عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "العارية مؤداة، والمنحة (٦) مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم".

٥٠٣٨ - خرجه الضياء في المختارة (٨/ ٢٢ - ٢٣ رقم ١١ - ١٣).
(١) المسند (٣/ ٤٠٠ - ٤٠١).
(٢) سنن أبي داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٢).
(٣) السنن الكبرى (٣/ ٤٠٩ - ٤١٠ رقم ٥٧٧٨).
(٤) سنن أبي داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٣).
(٥) من سنن أبي داود.
(٦) المنحة: من يعطيه ناقة أو شاة ينتفع بلبنها ويعيدها، وكذلك إذا أعطاه لينتفع بوبرها=." [١]
"=كتاب الطلاق =
مسألة إضافة الطلاق الى اليد أو الرجل أو إلى كل جزء معين من البدن لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا
وقال زفر والشافعي وأحمد يصح
وعلى هذا الخلاف العتاق والإيلاء والظهار والعفو عن القصاص

---

(١) السنن والأحكام عن المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام المقدسي، ضياء الدين ٤٧٩/٤

واتفقوا على أن إضافته إلى الجزء الشائع كالثلث والربع ونحوه يصح وكذا الوجه والفرج والرأس والرقبة والفخذ والروح والدم

واختلف المشايخ في البطن والظهر

لنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ ما نوى وقوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء من عمله الا ما نواه وهذا لم ينو باليد البدن حتى لو نوى وقع عند أصحابنا

احتجوا بقوله تعالى {ذلك بما قدمت أيديكم} والمراد أصحابها فدل على أنها عبارة عن جميع البدن وكذا قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترده حد

وبما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبي." (١)

"ويحتمل أنه أراد نفي الضمان زائدا كما كان في بدء الإسلام ومع هذه الاحتمالات لا يمكن الاحتجاج به لنفي الضمانة

قلنا قول الدارقطني لا يقبل إذا انفرد به وإنما تكلموا في الحديث من حيث إسناده لأنه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه وهذا إن ثبت فهو صفة الإرسال

والنبي صلى الله عليه وسلم ذكر الغرم منكرا في موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم فينتفي عنه جميع أنواع الغرم احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترد حد وفي رواية حتى تؤديه

وأراد صاحب اليد فكلمة على للإيجاب وحتى للغاية أوجب الضمان وجعل غايته الرد (ولا يحمل على ضمان الرد) لأن الشيء لا يجعل غاية لنفسه فكان المراد به وجوب القيمة أي على صاحب اليد رد قيمة ما أخذ إذا عجز عن رد العين والمتنازع فيه كذلك فيتناوله الحديث قلنا المراد به حفظ ما أخذت حتى ترد فيخرج عن عهدة هذا الواجب

مسألة السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة وهو قول أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وأحمد." (٢)

"=كتاب الغصب =

مسألة الزوائد المنفصلة عن المغصوب تحدث أمانة كالولد واللبن ونحوه وهو قول مالك رضي الله عنه وكذا المتصلة كالسمن والجمال ونحوهما وعند الشافعي رضي الله عنه يضمن في الحالين

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/١٥٢

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٢١

وصورة المسألة إذا غصب جارية سمينة فهزلت عنده أو ولدت فهلك ولدها من غير صنعه لا يضمن عندنا وكذا الشاة ونحوها لنا النصوص المطلقة لنفي الضمان كقوله تعالى {وجزاء سيئة سيئة مثلها} وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه إلى غير ذلك والغاصب ما فوت يد المالك عن الولد فلا يضمن

احتج الشافعي رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه خ د وفي لفظ حتى ترده فيجب عليه الرد بعد هلاك الولد وقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الغصوب والودائع ومالية الولد مغصوبة قلنا أما الحديث الأول فالمراد منه ضمان الرد." (١)

"وعندهم يضمن لنا نصوص الزوائد المنفصلة ولهم ما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترد وقد خرج الجواب عنه." (٢)

"= كتاب الوديعة =

مسألة المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق برئ من الضمان وهو قول مالك

وقال زفر لا يبرأ وهو قول الشافعي وأحمد

وصورة المسألة إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها

وتفسير العود الى الوفاق ترك اللبس والركوب ومعاودة الحفظ للمالك

واختلف المشايخ هل تدخل العين في ضمانه حالة الخلاف أم لا

قال الهنداوي لا يدخل

وأشار محمد في الأصل إلى أنها تدخل فقال يبرأ عن الضمان والبراءة إنما تكون بعد ثبوت الضمان لنا قوله تعالى {ما على المحسنين من سبيل} والمودع محسن بالحفظ لأنه نائب المالك فلا يجب عليه الضمان

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٥٥

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٦٢

قلنا العين دخل في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد فإذا وجد الرد إلى نائب المالك وجدت غاية انتهاء الضمان

مسألة المودع إذا سافر بالوديعة في طريق آمن فهلكت لا يضمن وهو قول أحمد." (١)

"وقال مالك والشافعي يضمن

واتفقوا على أنه لو كان الطريق مخوفا أو سافر بها في البحر فإنه يضمن

وهذا إذا لم يكن للوديعة حمل ومؤنة أما إذا كان لها ذلك فاختلف أصحابنا فيه

قال أبو حنيفة رحمه الله لا يضمن سواء كان السفر قريبا أو بعيدا

وقال محمد يضمن سواء كان قريبا أو بعيدا

وعند أبي يوسف إن كان بعيدا يضمن وإلا فلا

لنا قوله تعالى {ما على المحسنين من سبيل} وهذا محسن يحفظ الوديعة بحسب الإمكان

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ق والمغل الخائن وهذا لم (يخن)

إلا أن هذا الحديث في إسناده (عمرو) بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان ضعيفان قالوا وهو موقوف على شريح القاضي

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وقد مر الجواب عنه." (٢)

"وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال المسافر وماله علي قلت إلا من وقاه الله تعالى والتسبيب الى الهلاك وجد باخراج المال إلى المفازة

قلنا الحديث محمول على صدر الإسلام حين كانت الغلبة للكفار والطريق مخوفة فكان إخبارا عن ذلك الوقت ولا كلام فيه

مسألة إذا أودع مالا عند صبي محجور عليه فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد سواء كان طفلا أو مراهقا

وعند أبي يوسف يضمن وهو قول الشافعي وأحمد

ولو أودع عند عبد محجورعليه فاستهلكه يضمن بعد العتق عندهما

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٦٣

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٦٤

وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يضمنه للحال

لنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث الحديث

ولهم ما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترده

قلنا خصت عنه الودائع لوجهين

أحدهما أن المودع متبرع والتضمين إضرار والمحسن لا يقابل بالإساءة

والثاني أن في العمل به تعطيل مصالح الودائع وسد باب الإنتفاع فلا يجب الضمان." (١)

"وقال صلى الله عليه وسلم لوفد نجران ما يعار فيهلك على أيديكم فعليكم ضمانه

وقال صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترد أي ضمان ما أخذت حتى تبرأ

وروى أن عائشة رضي الله عنها استعارت قصعة من جارة لها فتلفت فأمر النبي صلى الله عليه وسلم برد مثلها

وعن ابن عباس وأبي هريرة مثل مذهبنا

والجواب أما الحديث الأول فمحمول على ضمان الرد والخلاف في ضمان العين بالقيمة

وكذا حديث صفوان المراد منه ضمان الرد (وتسمية) الدروع عارية مجاز ولهذا قال أغصبا يا محمد فإنه أخذها على عزم الرد بعد الغناء عنها وللإمام هذه الولاية عند الحاجة إلى قتال المشركين

على أنه قد روى أنها كانت وديعة لأهل مكة عند صفوان

ولو كانت عارية لكن لم قلتم إنه صلى الله عليه وسلم جعل الضمان لازما بل تطييبا لقلبه بدليل ما روى أن بعضها ضاع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أفتغرمنا فقال يا رسول الله أنا اليوم في الإسلام أرغب." (٢)

"لنا قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى ترد

وقد أخذ الأجير امشترك ذلك القدر فيجب عليه الرد بعد الهلاك أو التعييب المنقص للمالية فيجب الضمانة لهماقوله تعالى {عن تراض} ولم يوجد وكذا النصوص المحرمة لمال الإنسان إلا بطيبة من نفسه وقد مر الجواب مسألة لا يجوز الاستئجار على الطاعات وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي يجوز

وصورة السمألة رجل استأجر رجلا ليحج عنه أو ليعلمه القرآن لا يصح عندنا حتى لو حج او علمه القرآن

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٦٥

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٦٧

لا يستحق المسمى ولا أجرة المثل وعندهما يستحق ذلك

ولو استأجر على الأذان والإقامة والجهاد وتعليم الفقه ورواية الحديث ونحوه فعندنا لا يشكل أنه لا يصح وللشافعي فيه قولان

لنا ما روى عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أنه قال يا رسول الله اجعلني إمام قومي قال اقتد بأضعفهم واتخذ مؤذنا (لا يأخذ) على الأذان أجرا حد

وعن عبادة بن الصامت قال علمت أناسا من اهل الصفة الكتابة والقرآن فأهدى إلى رجل منهم قوسا فقلت أرمي عنها في سبيل الله تعالى فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن." (١)

"الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، ورسول الله – صلى الله عليه وسلم – قد رتب الضمان على الأخذ باليد فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان فمن ادعى أن غيره سبب فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله – صلى الله عليه وسلم – «**على اليد ما أخذت** حتى ترده» فهذه قرينة تدل على سببية الأخذ كقولنا على الزاني الرجم.

وعلى السارق القطع فإنه يدل على سببية هذه الأوصاف، وهو في أثناء مدة الغصب لا يصدق عليه أنه أخذ الآن بل أخذ فيما مضى فوجب أن يختص السبب بما مضى، وفي وطء الشبهة وجب أن يكون كذلك لأنه لا قائل بالفرق أو لأن الصداق ترتب في ذمته بالوطأة الأولى.

والأصل عدم انتقاله، وما قاله أحد بوجوب صداقين أو بالقياس على الغصب، ولنا قاعدة أخرى أصولية فقهية، وهي أن الأصل ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين وضع اليد لا ما بعد ذلك، والمضمون لا يضمن لأنه تحصيل الحاصل، وقياسا على حوالة الأسواق فإنها لا تضمن عندهم، وقد حكى اللخمي ذلك عن مالك وابن القاسم، وحكي عن أشهب وعبد الملك أخذ أرفع القيم إذا حالت الأسواق، والفرق للكل أن حوالة الأسواق رغبات الناس، وهي بين الناس خارجة عن السلع فلا تضمن بخلاف زيادة صفاتها، ووافق الشافعي في تضمين أعلى القيم أحمد بن حنبل، وجماعة من أصحابنا، ووافق مشهورنا أبو حنيفة، وعلى الأول لو تعلم العبد صنعة ثم نسيها ضمنها الغاصب احتجوا بوجوه

(الأول) بأن الغاصب في كل وقت مأمور بالرد فهو مأمور برد الزيادة، وما ردها فيكون غاصبا لها فيضمنها.

(الثاني) أن الزيادة نشأت عن ملكه، وفي ملكه فتكون ملكه، ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة فيضمن

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٣٣٦

كالعين المغصوبة، ولأنه في الحالة الثانية ظالم، والظلم علة الضمان فيضمن، والجواب عن الأول والثاني والثالث أنها مسلمة، ولا نسلم أنها سبب الضمان فلا يلزم من الأمر ولا من الظلم، ولا من غيرهما الضمان فإن الأسباب الشرعية تفتقر إلى نصب شرعي، ولفظ صاحب الشرع اقتضى سببية وضع اليد، ومفهومه أن غيره ليس بسبب فلا بد لسببية غيره من دليل.

ولم يوجد وضع اليد في أثناء الغصب بل استصحابها واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه بدليل أن استصحاب النكاح لا يقوم مقام العقد الأول لصحته مع الاستبراء، والعقد لا يصح مع الاستبراء، وكذلك الطلاق يوجب

S______. . . . .

Q______يكن في تضمينه سد ذريعة، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم، واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع، وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم.

وقال ابن المواز لهم الأجرة، ,وجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير.

وقول ابن المواز أقيس، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة، ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه، وقال أبو حنيفة عليه إلا من الموج، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من خرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعدا معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران، والطبيب يموت العليل من معالجته، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ.

وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله، وقيل على العاقلة، ومسائل هذا الباب كثيرة اهـ.

المحتاج إليه منه مع بعض إصلاح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة ما يمنع فيه الجهالة وبين قاعدة ما يشترط فيه الجهالة]

(الفرق الثامن والمائتان بين قاعدة ما يمنع فيه الجهالة وبين قاعدة ما يشترط فيه الجهالة بحيث لو فقدت فيه الجهالة فسد)

اعلم أن الأصل في الشريعة أن الوصف يبعد اقتضاؤه للضدين أو النقيضين فإذا ناسب حكما نافى ضده، وقد يناسب الوصف الإثبات والنفي أو الضدين، ويترتبان عليه في الشريعة، وهو، وإن كان قليلا في الفقه إلا أنهم جعلوه قاعدة شرعية تعرف عندهم بجمع الفرق، وضابطها أن كل معين يوجب مصلحة أو مفسدة في محل، وباعتبار نسبة، ويوجب نقيضها في محل آخر، وباعتبار نسبة أخرى فإنه يوجب الضدين، وسمي بجمع الفرق لأنه يجمع المفرقات، وهي الأضداد، وله نظائر منها الحجر فإنه عبارة عن صون مال المحجور عليه على مصالحه، وهو يقتضي رد تصرفاته في حالة حياته، وتنفيذها بوصاياه لأنا لو رددنا الوصايا." (١)

"فإذا قال الشاهد أشهد عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاء، ولو قال شهدت لم يكن إنشاء عكسه في البيع لو قال أبيعك لم يكن إنشاء للبيع بل إخبارته لا ينعقد به بيع بل وعد بالبيع في المستقبل، ولو قال بعتك كان إنشاء للبيع فالإنشاء في الشهادة بالمضارع، وفي العقود بالماضي، وفي الطلاق بالماضي، واسم الفاعل نحو أنت طالق، وأنت حر، ولا يقع الإنشاء في البيع، والشهادة باسم الفاعل، ولو قال أنا شاهد عندك بكذا، وأنا بائعك بكذا لم يكن إنشاء، وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء، وما لا فلا فاتفقوا أنهم وضعوا للإنشاء الماضي في العقود والمضارع في الشهادة واسم الفاعل في الطلاق والعتاق، ولما كانت هذه الألفاظ موضوعة للإنشاء في هذه الأبواب صح من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة لأنه موضوع له صريح فيه، والاعتماد على الصريح هو الأصل، ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح لعدم تعين المراد منه فإن اتفق أن العوائد تغيرت.

وصار الماضي موضوعا لإنشاء الشهادة

ـــــــSعلى جميع الكلام ومن جملته الخبر وأطلق لفظ الإنشاء على قسيم الخبر ثم تخيل أنه أطلقهما بمعنى واحد فحكم بأن الإنشاء لا يدخله التصديق والتكذيب وما قاله من أنه لا يدخله ذلك صحيح في الإنشاء الذي هو قسيم الخبر وغير صحيح في الإنشاء الذي هو إنشاء الخبر وأن يكون وعدا بأنه يشهد

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢٩/٤

عنده لا أعلم له ما الخبر.

قال (فإذا قال الشاهد أشهد عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاء) قلت وما المانع من أن يكون وعدا بأنه سيشهد عنده لا أعلم له مانعا إلا التحكم بالفرق بين لفظ الخبر ولفظ الشهادة وهذا كله تخليط فاحش قال (ولو قال شهدت لم يكن إنشاء عكسه في البيع لو قال أبيعك لم يكن إنشاء إلى قوله ولو قال أنا شاهد عندك بكذا أو أنا بائعك بكذا لم يكن إنشاء) قلت لقد كلف هذا الرجل نفسه شططا وألزمها ما لم يلزمها كيف وهو مالكي والمالكية يجيزون العقود بغير لفظ أصلا فضلا عن لفظ معين وإنما يحتاج إلى ذلك الشافعية حيث يشترطون معينات الألفاظ قال (وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي إلى قوله وفي الفرق أربع مسائل) قلت ما قاله في ذلك كله مبني على مذهب الشافعي وهو مسلم وصحيح إلا قوله أراد الشهادة بالإنشاء لا بالخبر فإنه قد تقدم أن الشهادة خبر وهو الصحيح وتقدم التنبيه على الموضع الذي دخل عليه منه الغلط والوهم والله تعالى أعلم وما قاله في المسائل الأربع صحيح أو نقل لا كلام فيه وكذلك ما قاله في الفرق بعده نقل وترجيح ولا كلام في ذلك.

ـــــQفي قوله «**على اليد ما أخذت** حتى ترده» قد رتب الضمان على الأخذ باليد فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان.

وقوله – صلى الله عليه وسلم – ما أخذت قرينة تدل على ذلك كما يدل قولنا: على الزاني الرجم، وعلى السارق القطع على سببية هذين الوصفين فمن ادعى أن غير الأخذ باليد سببا بعد ذلك فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله – صلى الله عليه وسلم – ما ذكر. (الأمر الثاني) القاعدة الأصولية الفقهية، وهي أن الأصل ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب حين وضع اليد لا ما بعد ذلك، والمضمون لا يضمن لأنه تحصيل الحاصل. (الأمر الثالث) القياس على حوالة الأسواق فإنها كما لا تضمن عند الشافعية كذلك لا يضمن المغصوب بعد يوم الغصب، وحجتنا في وطء الشبهة إما القياس على الغصب لأنه لا قائل بالفرق بينهما، وإما لأن الصداق ترتب في ذمته بالوطأة الأولى.

والأصل عدم انتقاله، وما قال أحد بوجوب صداقين، وخالفنا الشافعي فيهما فقال تعتبر في المغصوب الأحوال كلها، ويضمن الغاصب أعلى القيم، ويعتبر في وطء الشبهة أعلى الرتب فيجب لها صداق المثل في أشرف أحوالها كما يجب أعلى القيم في الغصب، ووافقه في تضمين أعلى القيم أحمد بن حنبل، وجماعة من أصحابنا إلا أن الجماعة من الأصحاب اعتبروا الأخذ بأرفع القيم في حوالة الأسواق حكى

اللخمي عن أشهب وعبد الملك أخذ أرفع القيم إذا حالت الأسواق والشافعي لم يعتبر التضمين بحوالة الأسواق كما علمت، وقد يفرق له بين حوالة الأسواق وزيادة صفات السلع بأن الحوالة والأسواق رغبات الناس، وهي بين الناس خارجة عن السلع فلا تضمن بخلاف زيادة صفاتها، وتظهر فائدة الخلاف في مسائل: (منها) ما إذا غصبها ضعيفة مشوهة معيبة بأنواع من العيوب فزالت تلك العيوب عنده فعندنا القيمة الأولى، وعند الشافعي الثانية لأنها أعلى، وعلى مذهبه لو تعلم العبد صنعة ثم نسيها ضمنها الغاصب، واحتج الشافعي وموافقوه بوجوه: (الأول) بأن الغاصب في كل وقت مأمور بالرد فهو مأمور برد الزيادة فما لم يردها يكون غاصبا لها فيضمنها.

(الثاني) أن الزيادة نشأت عن ملكه، وفي ملكه فتكون ملكه، ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة فيضمن كالعين المغصوبة. (الثالث) أنه في الحالة الثانية ظالم، والظلم علة الضمان فيضمن. والجواب أن الوجوه الثلاثة، وإن كانت مسلمة إلا أنا لا نسلم أنها سبب الضمان فلا يلزم من الأمر، ولا من الظلم ولا من غيرهما الضمان لعدم نصبها شرعا سببا له، والأسباب الشرعية تفتقر إلى نصب شرعي، ولفظ صاحب الشرع إنما اقتضى." (١)

"هذا حديث في رواته من نسب في آخر عمره إلى سوء الحفظ، وهو جرير ابن عبد الحميد، وفيهم من لا يعرف بما يثبت به حديثه، وهو يوسف بن الزبير، أو الزبير بن يوسف، مولى لآل الزبير، وعبد الله بن الزبير - رضي الله عنه - كأنه لم يشهد القصة لصغره. وأما حديثنا فرواته مشهورون بالحفظ والفقه والأمانة. وعائشة - رضي الله عنها - تخبر عن القصة كأنها شهدتها.

ثم إن ثبت يحتمل أن يكون المراد بقوله: ليس لك بأخ شبها، وإن كان لك بحكم الفراش أخا؛ فلا يكون لقوله: " هو أخوك يا عبد (بن زمعة) " مخالفا، فقد ألحقه بالفراش، حتى حكم له بالميراث. (وبالله التوفيق، وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب) .

مسألة (١٣٢) :

العارية مضمونة. وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: " إنها أمانة ".

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٥٩/٤

ودليلنا من طريق الخبر ما عند / أبي داود عن مسدد عن يحيى عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي "، ثم إن." (١)

". . . . .

، {وما عند الله خير للأبرار} [آل عمران: ١٩٨] ، **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي. فهو إشارة إلى ما لا يعقل من المال والرزق.." (٢)

". . . . .

وإن شاء أخذ القيمة، ويملك الغاصب العين، بحيث إذا عادت كانت له، فيقول المستدل: الدليل على أن الغاصب يجب عليه الضمان: أن الغصب أكل مال بالباطل، وهو منهي عنه، فيكون حراما، فيجب تركه برد المغصوب على مالكه، وما وجب رده مع بقائه، وجب رد قيمته عند فواته، لأنها بدله. وأيضا قوله – عليه السلام –: **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤدي لكن هذا يتناول الفرع المتنازع فيه، فلا يصح القياس معه، وإن شاء أجاب عن تملك الغاصب العين بالقيمة، بقوله – عليه السلام –: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه وهو نص، فلا يسمع الاجتهاد معه.

وكذا لو قال المستدل: يجب غسل ولوغ الخنزير سبعا، قياسا على نجاسة الكلب، فقال الحنفي: لا أسلم الحكم في الكلب، وإنما يغسل عندي ثلاثا، أو يكاثر، فيقول المستدل: الدليل على غسل نجاسة الكلب سبعا: قوله – عليه السلام –: إذا ولغ الكلب. . . الحديث.." (٣)

"والجواب أن ذلك ثبت بنص مقرون به عندنا، وهو قوله تعالى {جزاء بما كسبا} [المائدة: ٣٨] ؛ لأن الجزاء المطلق اسم لما يجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد؛ وإن يجب حقا لله تعالى يدل على خلوص الجناية الداعية إلى الجزاء واقعة على حقه ومن ضرورته تحول العصمة إليه؛ ولأن الجزاء يدل على كمال المشروع لما شرع له مأخوذ من جزى أي قضى وجزاء بالهمزة أي كفى وكماله يستدعي كمال الجناية

---

(١) مختصر خلافيات البيهقي ابن فرح ٤٠٨/٣

(٢) شرح مختصر الروضة الطوفي ٤٦٨/٢

(٣) شرح مختصر الروضة الطوفي ٤٨٥/٣

ولا كمال مع قيام حق العبد في العصمة؛ لأنه يكون حراما لمعنى يكون في غيره

ـــــــQاختلفا من كل وجه لا يقتضي ثبوت أحدهما ثبوت الآخر ولا انتفاءه وقد دل الدليل على ثبوته، وهو العمومات الموجبة للضمان كقوله تعالى، {وجزاء سيئة سيئة مثلها} [الشورى: ٤٠] ، وكقوله عز اسمه، {فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: ١٩٤] وكقوله - عليه السلام -، «على اليد ما أخذت حتى ترد» ، فيجب القول به فمن قال بأن القطع يوجب انتفاء الضمان وإبطال العصمة لا يكون هذا عملا بهذا اللفظ الخاص بل يكون زيادة عليه بالرأي أو بخبر الواحد، وهو قوله - عليه السلام -، «لا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه» ، وقد أبيتم ذلك، وفيه ترك العمل بالعمومات الموجبة للضمان أيضا. وقوله: أنى بمعنى كيف، وهو استفهام بمعنى النفي أي لا يكون إبطال عصمة المال عملا به، والجواب أن ذلك أي إبطال العصمة ثبت بنص يشير إلى إبطالها، " مقرون " بقوله {والسارق والسارقة} [المائدة: ٣٨] وقد يجوز أن يتغير النص بدليل يقترن به كقولك أنت حر نص في إثبات الحرية، فإذا اتصل به الاستثناء أو الشرط تغير موجبه، فكذلك ههنا غيرنا هذا النص الذي لم يوجب سقوط عصمة المحل، وهو قوله تعالى {فاقطعوا أيديهما} [المائدة: ٣٨] ، بدليل زائد اقترن به، وهو قوله جزاء، وفي قوله مقرون به إشارة إلى نوع من التشنيع على الخصم، وهو أنه غفل عن الدليل القطعي المتصل بهذا الكلام من غير فصل ولم يطلع على إشارته ثم طعن من غير روية فيكون الطعن عائدا عليه، ثم بيان إشارته إلى ما ذكرنا أن الجزاء قد أطلق ههنا والجزاء إذا أطلق في معرض العقوبات يراد به ما يجب حقا لله تعالى بمقابلة أفعال العباد فتبين به أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص؛ ولهذا لم يتقيد بالمثل وما يجب حقا للعبد يتقيد به مالا كان أو عقوبة كالغصب والقصاص؛ ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه وما يجب لله تعالى على الخلوص إنما يجب بهتك حرمة هي لله تعالى على الخلوص؛ ليكون الجزاء وفاقا وذلك بأن يثبت الحرمة لمعنى في ذاته كحرمة شرب الخمر والزنا لا لحق العبد؛ لأنه يصير حراما لغيره مباحا في ذاته بالإباحة الأصلية ومثل هذه الحرمة لا يوجب الجزاء لله تعالى كشرب عصير الغير والوطء في حالة الحيض.

ثم إن الله تعالى جعل هذا المال قبل السرقة محترما لحق العبد على الخلوص ولم يستبق لذاته حقا حتى صح بذل العبد وإباحته ويجب الضمان له بإتلاف ولا يجب لله تعالى ضمان ثم أوجب الجزاء، وهو القطع بسرقته حقا لنفسه خالصا فعرفنا ضرورة أنه استخلص الحرمة لنفسه وإذا استخلصها لذاته وهي حرمة واحدة

لا تبقى للعبد ضرورة كالعصير إذا تخمر وصار محترما حقا لله تعالى ولا يبقى حقا للعبد وكالأرض تتخذ مسجدا وصارت لله تعالى لا يبقى للعبد وكما لا يبقى للبائع إذا ثبت للمشتري بالبيع فهذا معنى قول الشيخ ومن ضرورته تحويل العصمة إليه، وظهر من هذا أن معنى قوله إبطال العصمة إبطالها على العبد بنقلها إلى الله تعالى لا إبطالها مطلقا (فإن قيل) لا نسلم أن الحرمة واحدة بل المال محترم لحق الله تعالى لوجود النهي فيجب القطع ومحترم أيضا لحق العبد." (١)

"الغنم أو ذبح كذا رأسا من البقر، وكاستعمال العين التي هي الجارية في الجاسوس، وعليه قوله – عليه الصلاة والسلام –: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» وقد فرع بعض أصحابنا على هذا مسألة إضافة الطلاق إلى اليد والرجل ونحوهما، لكن الأصح جعله من باب السراية، وإذا تعارض هذا، والذي قبله فالأول أولى؛ لأن الكل يستلزم الجزء ولا عكس، فكانت دلالة الأول أقوى، وهذا واضح بالنسبة إلى إطلاق الأعم على الكل، أما في إطلاق الجزء الخاص بالشيء كالناطق مثلا بالنسبة إلى الإنسان فلا؛ لأنه مستلزم له فيحتاج في تعليل أولوية الأول بالنسبة إلى هذا الجزء إلى وجه آخر، وهو أن الكل يستلزم الجزء من حيث إنه كل، وأما الجزء الذي يستلزم الكل فإنه لا يستلزمه من حيث إنه جزء، بل باعتبار آخر، وما بالذات يكون أولى وأقدم مما بالعرض. قاله الهندي.

[العلاقة السابعة إطلاق ما بالفعل على ما بالقوة]

] تسمية الشيء المستعد لأمر باسم ذلك الأمر كتسمية الخمر حال كونه في الدن بالمسكر وإطلاق الكاتب على العارف بالكتابة عند مباشرته لها وسماه بعضهم: إطلاق ما بالفعل على ما بالقوة.." (٢)

"وابن الصباغ وغيرهم من أصحابنا، وأبو بكر الرازي والبزدوي من الحنفية والقرطبي والإبياري من المالكية، واختاره الآمدي والإمام فخر الدين والهندي. وظاهر كلام إمام الحرمين أنهما ليسا من العموم، فإنه قيد " من " بالشرطية، ذكره في مسألة عمومها للمذكر والمؤنث، ومقتضى كلام الجميع أنهما إذا كانتا موصولتين فليستا للعموم، وبه صرح الأستاذ أبو منصور البغدادي، فقال: وإن كانتا بمعنى " الذي والتي " فهما حينئذ معرفة، وليستا للجنس، ولكن ربما تناولا في المعرفة واحدا وربما تناولا جمعا، كقوله تعالى:

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٩٦/١

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٧٦/٣

{ومنهم من يستمعون إليك} [يونس: ٤٢] وكذلك قال سليم الرازي في " التقريب " فإن وردا معرفتين بمعنى الذي لم يدلا على العموم، هذا لفظه، وهو ظاهر، كلام القاضي عبد الوهاب في " الملخص "، والقاضي أبي بكر في " التقريب "، فإنهما قيدا العموم بالشرطيين والاستفهاميتي فقط. لكن مثل الغزالي في " المستصفى " لعموم " من " بقوله – عليه السلام –: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وهو تصريح بعموم الموصولة، وهو." (١)

"قال: وعندي أن المبالغة في الرد عليه سرف، لأنه لا يظن بعاقل التخصيص بالذكر من غير غرض.

ثم اختار إمام الحرمين أن التخصيص بالاسم يتضمن غرضا مبهما، ولا يتعين انتفاء غير المذكور.

ثم قال: وأنا أقول وراء ذلك، لا يجوز أن يكون من غرض المتكلم في التخصيص نفي ما عدا المسمى بلقبه، فإن الإنسان لا يقول: رأيت زيدا، وهو يريد الإشعار بأنه لم ير غيره. فإن هو أراد ذلك قال: إنما رأيت زيدا، وما رأيت إلا زيدا، وحاصله أن التخصيص باللقب يتضمن غرضا مبهما، ولا يتضمن انتفاء الحكم في المسكوت. والدقاق يقول: يتضمن غرضا معينا. واختار الغزالي في " المنخول " أنه حجة مع قرائن الأحوال. قال: ولهذا رددنا على ابن الماجشون في تعليله تخصيص الأربعة في الربا بالذكر، حيث علل الربا بالمالية العامة، إن قلنا: لم تكن الأشياء الأربعة غالب ما يعامل به، وكان [الحجاز مصب التجار] في الأعصار الخالية، فلو ارتبط الحكم بالمالية لكان التنصيص عليها أسهل من التخصيص، كما في العارية «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فكان هذا مأخوذا من قرائن الأحوال مع التخصيص باللقب. وهاهنا أمور مهمة: أحدها: أن الأستاذ أبا إسحاق الإسفراييني قال في كتابه " شرح الترتيب ": إن أبا عبد الله البصري ألزم الدقاق ذلك في مجلس النظر فالتزمه.

قال: وكنا نكلمه في هذا في الدرس، فألزمناه أنه إذا قال له: صم، يجب." (٢)

"ابن حبان (١) وقال ابن حزم: حديث حسن. ليس في شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره، وأما ما سواه فليس يساوي الاشتغال به (٢).

رابعها: حديث الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" رواه أصحاب السنن الأربعة، وحسنه الترمذي والحاكم وقال: صحيح على شرط البخاري (٣).

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٤/٩٩

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٥/١٥٠

ونازعه صاحب "الإلمام"، وذكره ابن حزم بأن قال: الحسن لم يسمع من سمرة (٤).

وهو أحد مذاهب ثلاثة فيه ورأى البخاري وجماعة أنه سمع منه مطلقا، وروي أن ابن عباس وأبا هريرة ضمنا العارية، واحتج الأول بأن معنى أدائها هو بمعنى قوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء: ٥٨]، فإذا بلغت الأمانة لم يلزم المؤتمن غرمها، فكذلك العارية إذا علم أنها قد تلفت؛ لأنه لم يأخذها على الضمان ولا هو متعد بالأخذ فهي أمانة على المستعير، فإذا تلفت بتعديه عليها لزمه قيمتها بجنايته عليها بمنزلة ما لو تعدى عليها، وهي في يد ربها فعليه قيمتها، روي عن علي وابن مسعود أنه ليس على مؤتمن ضمان (٥).

---

(١) أبو داود (٣٥٦٦)، والنسائي في "الكبرى" (٥٧٧٦)، وابن حبان (٤٧٢٠).

(٢) "المحلى" ٩/ ١٧٣.

(٣) الترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤١١ (٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والحاكم ٢/ ٤٧، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه.

(٤) "المحلى" ٩/ ١٧٢.

(٥) البيهقي ٦/ ٢٨٩ (١٢٦٩٩).." (١)

"باب العارية

٨٩٣ - عن سمرة بن جندب - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه». رواه أحمد، والأربعة، وصححه الحاكم. (١)

---

(١) - ضعيف. رواه أحمد (٥/ ٨ / و١٢ و١٣)، وأبو داود (٣٥٦١)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤١١)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٤٧) من طريق الحسن، عن سمرة، به. وزادوا إلا النسائي وابن ماجه. «ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه». وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال الحاكم: «صحيح على شرط البخاري». قلت: ولكن الحسن مدلس، وقد عنعنه، وليس البحث هنا بحث سماع الحسن من سمرة أم لا كما فعل ذلك صاحب السبل، ولكن البحث

---

(١) التوضيح لشرح الجامع الصحيح ابن الملقن ٤٣٦/١٦

بحث التدليس. وقد قال الذهبي في «السير» (٤/ ٥٨٨) «قال قائل: إنما أعرض أهل الصحيح عن كثير مما يقول فيه الحسن: عن فلان. وإن كان مما قد ثبت لقيه فيه لفلان المعين؛ لأن الحسن معروف بالتدليس، ويدلس عن الضعفاء، فيبقى في النفس من ذلك، فإننا وإن ثبتنا سماعه من سمرة، يجوز أن يكون لم يسمع فيه غالب النسخة التي عن سمرة. والله أعلم».." (١)

"وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب.

ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها، وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه، بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذلك يكون محلا للطلاق.

ــــــQالنكاح فجعل صغرى ويضم إليها، وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق، والقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع، وهذا على قول طائفة من الشافعية، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين، فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق.

قال: الغزالي: هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق، وقيل: يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ، قالوا: وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت، إن قلنا بالسراية لا يقع، وإن قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا إلخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه: أي تسليمها نفسها، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أولا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم، والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك، ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته، وهذا القيد المعنوي ليس في البلد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك، بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق،

---

(١) بلوغ المرام من أدلة الأحكام ابن حجر العسقلاني ص/٢٦٣

ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا.
ولذا نقول: لو قال الزوج: عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني: لا يبعد أن يقال: لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال: عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا في قوله عز قائلا {ذلك بما قدمت يداك} [الحج: ١٠] أي قدمت وعناه - صلى الله عليه وسلم - في قوله «**على اليد ما أخذت** حتى ترد» وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف." (١)
"ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع

قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وإن كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور. وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه. والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة لذمي. ولنا قوله - عليه الصلاة والسلام -
ـــــــQوادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصما له في ذلك، والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت، بخلاف ما نحن فيه، فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع.

(قوله وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك، وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي وإسحاق وحماد. وقال مالك: إن كان السارق موسرا ضمن. وإن كان معسرا لا ضمان عليه

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥/٤

نظرا للجانبين، ولا خلاف إن كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع.

ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا، فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال.

وجه قولهم عموم قوله تعالى {فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: ١٩٤] و «**على اليد ما أخذت** حتى ترد» ولأنه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب، والمانع إنما هو منافاة بين حقي القطع والضمان، ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين: أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة، والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمي) على قولكم فإنكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا إلزامي فإنهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله - صلى الله عليه وسلم -) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"(وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي) لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار (وإن شهد شاهدان

ـــــــQبها غاصبا. هذا إذا شهد كذلك لميت، فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد رجل كذلك: أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا، فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة. وقالا: لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة. لأبي يوسف - رحمه الله - أن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا لملكه إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضي بالرد بهذه الشهادة.

وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان، ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول، بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٤١٣

القضاء، وبخلاف الأخذ فإن له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه.

قال – عليه الصلاة والسلام – «**على اليد ما أخذت** حتى ترده فيقضي به» وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه، وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضي به للمدعي. واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد، وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعي الملك.

أجيب بأن ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع. وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثاني بتأمل يسير (قوله وإن أقر إلخ) يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي، وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان، فإنه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان، وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعي تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم، وإنما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان.

[تتمة] شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه، فلو قالوا إنه لمورثه تقدم أن محمدا – رحمه الله – قال: لا يصح ولم يحك خلافا، لأن المورث إن كان حيا فالمدعي ليس خصما، وإن كان ميتا فإثبات الملك للميت حالا محال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لأنا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول، ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع، ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات، وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبي يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء.

وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم." (١)

"لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا، بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه.

(ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لأن الغصب لا يختص بالسليم.

(ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن، وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر

ــــــQفي تعليلها (لأن هذا استثناء المقدار) أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لأنه وصف) أي لأن الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف، وهو) أي الاستثناء (تصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم إمكان الاحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا.
قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير: ولو فصل بينهما يفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل، فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى؛ لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا، انتهى كلامه.
وقال الكاكي في معراج الدراية: وبه قال الأئمة الثلاثة؛ يعني مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٦٠/٧

(ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله (لأن الغصب لا يختص بالسليم) فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل.

(ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أي المقر له (بل أخذتها غصبا فهو) أي المقر (ضامن) يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين (وإن قال: أعطيتنيها وديعة فقال) أي المقر له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أي لم يضمن المقر هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه، وهاتان المسألتان من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف (والفرق) بينهما (أن في الفصل الأول) وهو قوله: أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الأخذ) لقوله – صلى الله عليه وسلم – «**على اليد ما أخذت** حتى ترد» وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الأصل (ثم ادعى) أي ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه عن الضمان (وهو الإذن) بالأخذ (والآخر) وهو المقر." (١)

"ينكره فيكون القول له مع اليمين. وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء، فإن قال قائل: إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه، فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه، ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان، وهذا بخلاف ما إذا قال: أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر

ـــــQله (ينكره) أي ينكر الإذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا. أقول: فيه بحث؛ لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله - صلى الله عليه وسلم – «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» كما استدلوا به في كتاب الوديعة. على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمن، فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله – عليه الصلاة والسلام –

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٧٤/٨

«**على اليد ما أخذت** حتى ترد» وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم، ولكن لا نسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير إذن، بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب. قال في الكفاية: فإن قيل: ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله: وديعة بيان تغيير كما لو قال: لفلان علي ألف وديعة. قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة، فقوله: وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام.

وأما قوله: لفلان علي ألف يحتمل الوديعة: يعني على حفظه، فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب، كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب؟ وفي الشريعة: أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب، ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث، فأنى يكون موجبه الغصب، وكأن صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب.

كذا قيل وفيه نوع تأمل (وفي الثاني) أي وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل إلى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) أي ذاك الغير (يدعي عليه) أي على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض في هذا) أي في الحكم المذكور (كالأخذ) يعني لو قال المقر: قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا، كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالإعطاء) يعني لو قال المقر دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه) أي إلى المقر (لا يكون إلا بقبضه) فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرارا بالقبض، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقر بالإعطاء والدفع أيضا (فنقول) في الجواب: لا نسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الإعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أي ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان) لعدم الحاجة إليه.

قال المصنف: (وهذا) أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أي ملابس، بخلاف ما (إذا قال) أي المقر (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنالك) أي فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضا (على أن الأخذ كان بالإذن) لأن الأخذ بالقرض لا يكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة. (إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك." (١)

"قائما لقوله – عليه الصلاة والسلام – «على اليد ما أخذت حتى ترد» وقال – عليه الصلاة والسلام – «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا، فإن أخذه فليرده عليه» ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا، ورد القيمة مخلص خلفا؛ لأنه قاصر، إذ الكمال في رد العين والمالية. وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص، ويظهر ذلك في بعض الأحكام،

ـــــQوليس فليس. وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل: وليس بواضح؛ لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة اهـ. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل." (٢)

"والنوع الرابع عشر

وهو إطلاق البعض على الكل١

ومنه قوله تعالى: {فتحرير رقبة} ٢ والعتق إنما هو للكل. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" ٣ فالمراد صاحب اليد بكماله، ومنه قوله تعالى: {كل شيء هالك إلا وجهه} ٤.

والنوع الخامس عشر

وهو إطلاق المتعلق – بفتح اللام- على المتعلق – بكسرها-

كقوله صلى الله عليه وسلم: "تحيضي في علم الله ستا أو سبعا" ٥ فإن التقدير: تحيضي ستا أو سبعا. وهو معلوم الله تعالى٦.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٧٥/٨

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٢٢/٩

١ انظر تفصيل الكلام على هذا النوع في "الإشارة إلى الإيجاز ص٦٦-٦٨، الفوائد المشوق إلى علوم القرآن ص٢٢ وما بعدها، التمهيد ص٤٨، معترك الأقران ١/ ٢٤٨، البرهان ٢/ ٢٦٣-٢٦٩".

٢ الآية ٩٢ من النساء.

٣ أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة والحاكم وأحمد من حذيث الحسين عن سمرة. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه. "انظر تلخيص الحبير ٣/ ٥٣، تحفة الأحوذي ٤/ ٤٨٢، سنن أبي داود ٣/ ٤٠٠، مسند الإمام أحمد ٥/ ٨، المستدرك ٢/ ٤٧، سنن ابن ماجة ٢/ ٨٠٢".

٤ الآية ٨٨ من القصص، والمراد ذاته.

٥ أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة وأحمد والدارقطني والحاكم عن حمنة بنت جحش في حديث طويل. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال أحمد بن حنبل: هو حديث حسن صحيح. "انظر سنن الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي ١/ ٣٩٥ وما بعدها، سنن ابن ماجة ١/ ٢٠٥، سنن أبي داود ١/ ١٢٠، مستدرك الحاكم ١/ ١٧٢، التحقيق لابن الجوزي ١/ ١٩٥".

٦ هذا المثال من باب إطلاق المصدر على اسم المفعول، وقد سبق ذكره في القسم الأول من النوع السابق ص١٦٢ فتأمل!.." [1]

"ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة) الآية (فإنه يقول آمين آمين) أي استجب يا ربنا (خط عن ابن عباس) مرفوعا (هب عنه موقوفا

على النساء ما على الرجال) من الفرائض (إلا الجمعة والجنائز والجهاد) في سبيل الله نعم إن لم يكن هناك رجل في الصلاة على الجنازة لزم المرأة (عب عن الحسن) البصري (مرسلا) // سنده صحيح //

(على الوالي) أي الإمام الأعظم ونوابه (خمس خصال جمع الفيء من حقه ووضعه في حقه وأن يستعين على أمورهم بخير من يعلم) من الناس أي بأفضلهم وأعظمهم كفاءة وديانة (ولا يجمرهم فيهلكهم) أي لا يجمعهم في الثغور دائما ويحبسهم عن العود لأهليهم (ولا يؤخر أمر يوم لغد) أي لا يؤخر الأمور الفوري خشية الفوات أو الفساد (عق عن واثلة) بن الاسقع // بإسناد ضعيف //

(**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) من غير نقص عين ولا صفة فمن أخذ مال غيره بنحو وغصب لزمه رده

---

(١) مختصر التحرير شرح الكوكب المنير ابن النجار، تقي الدين ١/١٦٦

كذلك (حم ٤ ك عن سمرة) بن جندب // وإسناده حسن // أن ثبت سماع الحسن من سمرة
(على إنقاب المدينة) جمع نقب بالسكون مداخلها وفوهات طرقها (ملائكة) موكلون بها (لا يدخلها الطاعون ولا الدجال) فإنه يجئ ليدخلها فتمنعه الملائكة ومكة تشاركها في ذلك وإنما لم يذكرها لاحتمال كون المخاطبين كانوا عالمين بذلك (مالك حم ق عن أبي هريرة
(على أهل كل بيت أن يذبحوا شاة) واحدة (في كل رجب وفي كل) عيد (أضحى شاة) الأمر للندب لأنه جع بين العتيرة والأضحية والعتيرة لا تجب إجماعا على أن الصيغة غير صريحة في الوجوب المطلق فلا دلالة فيه لمن قال بوجوب الأضحية (طب عن مخنف) بكسر الميم وسكون المعجمة وفتح النون (ابن سليم) // غريب ضعيف //
(على ذروة كل بعير) أي أعلى سنامه (شيطان) أي ركوبها يتولد منه الكبر الذي هو صفة الشيطان (فامتهنوهن بالركوب) لتلين وتذل (فإنما يحمل الله تعالى) أي لا يعجب الإنسان بحملها فإن الحامل هو الله (ك عن أبي هريرة) ورواه عنه الطبراني أيضا
(على ظهر كل بعير شيطان فإذا ركبتموها) أي الإبل المفهومة من البعير (فسموا الله ثم لا تقصروا عن حاجاتكم) يعنى الإبل خلقت من الجن فيجوز كونها من مراكبها (حم ن حب ك عن حمزة بن عمرو الأسلمي) // وإسناده جيد //
(على كل بطن) من بطون العرب وهي دون القبيلة (عقولة) بضم العين المهملة وقاف أي كتب عليهم ما تغرمه العاقلة من الديات قال الديلمي أراد دية الجنين إذا قتل في بطن أمه (حم م عن جابر) بن عبد الله
(على كل سلامى) بضم المهملة وخفة اللام وهو العضو وجمعه سلاميات بفتح الميم مخففا وقيل عظم الأصابع وقيل الأنامل وقيل المفاصل وقيل العظام كلها (من ابن آدم في كل يوم صدقة) أي يشكر حيث يصبح سليما من الآفات (ويجزى من ذلك كله) بفتح أول يجزى وضمه أي يكفى بما وجب للسلامى من الصدقة (ركعتا الضحى) لأن الصلاة عمل بجميع الأعضاء فيقوم كل عضو بشكره (طس عن ابن عباس) وفيه مجهول
(على كل محتلم) أي بالغ (رواح الجمعة) إذا توفرت الشروط المذكورة في الفروع (وعلى كل من راح الجمعة) أي أراد الرواح إليها (الغسل) لها أراد به تأكيد السنة والحث عليها لا الوجوب (دعن حفصة) أم المؤمنين // بإسناد صالح //

(على كل رجل) ذكر الرجل وصف طردى (مسلم في كل سبعة أيام غسل يوم وهو يوم الجمعة) أي أنه مخاطب به خطاب ندب وتأكد (حم ن حب عن." (١)

"٥٤٥٥ - (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) من غير نقص عين ولا صفة قال الطيبي: ما موصول مبتدأ وعلى اليد خبره والراجع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المنصرمة فمن أخذ مال غيره بغصب أو غيره لزمه رده وأخذ بظاهره المالكية فضمنوا الأجراء مطلقا

(حم ٤ ك) كلهم من حديث الحسن (عن سمرة) وفي سماع الحسن منه خلاف وزاد فيه أكثرهم ثم نسي الحسن فقال: هو أمين ولا ضمان عليه قال الترمذي: حديث حسن." (٢)

"ومنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن الحذف قال: " إنه لا يصاد به صيد، ولا ينكأ به عدو، ولكنه قد يكسر السن، ويفقأ العين ".

وقال صلى الله عليه وسلم: " إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ومعه نبل فليمسك على نصالها أن تصيب أحدا من المسلمين منها شيء ".

وقال صلى الله عليه وسلم:

" لا يشير أحدكم إلى أخيه بالسلاح فإنه لا يدري لعل الشيطان ينزع من يده، فيقع في حفرة من النار ".

وقال صلى الله عليه وسلم:

" من حمل علينا السلاح فليس منا ".

ونهى عليه السلام أن يتعاطى السيف مسلولا، ونهى أن يقدر السير بين أصبعين.

وأما التعدي على أموال الناس فأقسام: غصب. وإتلاف. وسرقة. ونهب ...

أما السرقة. والنهب فستعرفهما، وأما الغصب فاغا هو تسلط على مال الغير معتمدا على شبهة واهية لا يثبتها الشرع، أو اعتمادا على ألا يظهر على الحكام جلية الحال، ونحو ذلك، فكان حريا أن يعد من المعاملات، ولا يبتنى عليه الحدود، ولذلك كان غصب ألف درهم لا يوجب القطع، وسرقة ثلاثة دراهم توجبه.

---

(١) التيسير بشرح الجامع الصغير المناوي ٢/١٣٤

(٢) فيض القدير المناوي ٤/٣٢١

وأما الاتلاف فيكون عمدا. وشبه عمد. وخطأ، لكن الأموال لما كانت دون الأنفس لم يجعل لكل واحد منها حكما وكفى الضمان عن جميعها زاجرا.

قال رسولى الله صلى الله عليه وسلم: " من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه يوم القيامة من سبع أرضين ".

أقول لقد علمت مرارا أن الفعل الذي ينقض المصلحة المدنية، ويحصل به الإيذاء والتعدي يستوجب لعن الملأ الأعلى، ويتصور العذاب بصورة العمل أو مجاروه.

وقال صلى الله عليه وسلم:

" **على اليد ما أخذت** ".

أقول: هذا هو الأصل في باب الغصب والعارية يجب رد عينه، فان تعذر فرد مثله.

ودفع عليه السلام صحفة في موضع صحفة كسرت، وأمسك المكسورة

أقول: هذا هو الأصل في باب الاتلاف، والظاهر من السنة أنه يجوز أن يغرم في المتقومات بما يحكم به العامة والخاصة أنه مثلها كالصحفة مكان الصحفة، وقضى عثمان." (١)

"المصنف لضعفه؛ لأن فيه جعفر بن مرزوق المدائني قال في الميزان: عن العقيلي أحاديثه مناكير لا يتابع على شيء منها ثم ساق هذا الخبر. وكان على المصنف أن يذكر أن مخرجه أعله وإن كان هذا ليس من قاعدته في هذا الجامع وكأنه يكتفي بالرمز.

٥٤٣٧ - "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. (حم ٤ ك) عن سمرة (صح) ".

(على اليد) التعريف للجنس (ما أخذت) من مال الغير بغصب أو غيره. (حتى تؤديه) ترده من غير نقص عين ولا صفة، قال الطيبي: ما موصولة مبتدأ، وعلى اليد خبره والرابط محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها [٣/ ٧٧] والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة وأخذ به المالكية فضمنوا الإجزاء مطلقا. (حم ٤ ك (١) عن سمرة) كلهم من حديث الحسن عنه، وفي سماع الحسن منه خلاف وزاد فيه أكثرهم: ثم نسي الحسن فقال هو أمين ولا ضمان عليه، قال الترمذي: حديث حسن، والمصنف رمز لصحته.

---

(١) حجة الله البالغة الدهلوي، شاه ولي الله ٢/٢٤٢

٥٤٣٨ - "على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال. ملك (حم ق) عن أبي هريرة (صح) ".

(على أنقاب المدينة) بالنون جمع نقب بالسكون مداخلها وفوهات طرقها (ملائكة) موكلون، (لا يدخلها الطاعون) تقدم بيانه، قال الطيبي: جملة لا يدخلها مستأنفة بيان لموجب استقرار الملائكة على الأنقاب وعن عدم دخول الطاعون، من خصائص المدينة وهو لازم لدعاء المصطفى - صلى الله عليه وسلم - فلم ينقل أنها دخلها الطاعون، وذكر النووي (٢) في الأذكار: أن الطاعون لم يدخل المدينة ولا

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨)، وأبو داود (٣٥٦١)، والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجة (٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٥٥)، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٣٧٣٧).

(٢) الأذكار (ص ٣٥٤).." (١)

"١١٥٩- ولأبي داود عن يوسف بن ماهك عن فلان حدثني أبي: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله١.

١١٦٠- وعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي" ٢. قال قتادة: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك ولا ضمان عليه حسنه الترمذي٣.

١١٦١- وعن صفوان "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا٤ فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة. [قال] فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب" رواه أحمد وأبو داود٥.

١١٦٢- وعن أبي أمامة [قال] : سمعت رسول الله صلى الله

---

١ أبو داود -البيوع- ٣/ ٢٩٠- ح ٣٥٣٤.

٢ في المخطوطة: "حتى تؤديه"، وهو لفظ ابن ماجه.

٣ الترمذي -البيوع- ٣/ ٥٦٦- ح ١٢٦٦ ، وأبو داود- البيوع- ٣/ ٢٩٦- ح ٣٥٦١ وابن ماجه - الصدقات- ٢/ ٨٠٢- ح ٢٤٠٠ ، لكن ليس فيه "ثم نسى الحسن إلخ ... ".

---

(١) التنوير شرح الجامع الصغير الصنعاني ٢٥٢/٧

٤ أدراعا: جمع درع. والدرع ما يلبسه المقاتل في المعركة ليتقي به ضرب السيوف.
٥ أحمد في المسند – ٦/ ٤٦٥ ، وأبو داود –البيوع– ٣/ ٢٩٦– ح ٣٥٦٢ و ٣٥٦٣، واللفظ لأحمد.." (١)

"كما ينتفع المستأجر بالمنافع المتعلقة بالعين فلا يكون المستأجر بالرد إلي موضع الابتداء أولى من المؤجر وأما المستعير فوجهه أن المعير محسن كما تقدم في القرض وأما الحق المؤجل والمعجل فوجهه أن من هو عليه لا يخلص ذمته عما هو عليه إلا برده إلي يد من هو له ومثل ذلك الكفالة بالوجه هذا غاية ما يمكن في توجيه كلام المصنف وكان الأولى له أن يعقد الفصل على وجوب الرد إلي المالك من غير نظر إلي موضع الابتداء فيقول مثلا يجب الرد إلي المالك في القرض الخ حتى يكون ذلك عملا بحديث: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه"، أخرجه أحمد وأبو دأود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث الحسن عن سمرة وفي سماع الحسن من سمرة فقال معروف فإن هذا الحديث يدل على وجوب التأدية لكل ما أخذته اليد ولا تأدية إلا إذا كانت إلي المأخوذ منه ومثل هذا الحديث الذي تقدم بلفظ: "أد الأمانة إلي من ائتمنك"، فإن التأديۃ في الأمانات لا يكون إلا بدفعها إلي مالكها وبهذا تعرف أنه لا وجه لقول المصنف لا المعيب والوديع الخ وأما كون يجب قبض كل معجل فوجهه أن لمن هو عليه أن يبريء ذمته بالرد فليس لمن هو له أن يمتنع من ذلك مع عدم المانع من خوف ضرر أو غرامة.
قوله: "ويصح شرط حط البعض".
أقول: إذا حصل التراضي على هذا فليس في ذلك مانع من شرع ولا عقل لأن صاحب الدين قد رضي ببعض ماله وطابت نفسه عن باقيه وهو يجوز أن تطيب نفسه عن جميع ذلك المال وتبرأ ذمته من هو عليه فالبعض بالأولى وقد ثبت في الصحيح [البخاري "٤٧١، ٤٥٧، ٢٤١٨، ٢٤٢٤، ٢٧١٠" مسلم "١٥٥٨"، أبو داود "٣٥٩٥"، ابن ماجة "٢٤٢٩"، النسائي "٢٤٤/٨"] ، أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلين يتخاصمان في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما وكانت تلك الخصومة في دين لأحدهما على الآخر فأشرف عليهما النبي صلى الله عليه وسلم وأشار بيده إلي من له الدين أن يضع الشطر فكان هذا دليلا على جواز التعجيل بشرط حط البعض.

---

(١) مجموعة الحديث على أبواب الفقه (مطبوع ضمن مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب، الجزء السابع، الثامن، التاسع، العاشر) محمد بن عبد الوهاب ٤٤٢/٣

[فصل
ويتضيق رد الغصب ونحوه قبل المراضاة والدين بالطلب فيستحل من مطل وفي حق الله الخلاف ويصح في الدين قبل القبض كل تصرف إلا رهنه ووقفه وجعله زكاة أو رأس مال سلم أو مضاربة وتمليكه غير الضامن بغير وصية أو نذر أو إقرار أو حوالة] .
قوله: "فصل: ويتضيق رد الغصب ونحوه قبل المراضاة".
أقول: وجه ذلك أنه مطالب بالرد في كل وقت فإذا لم يحصل الرضا فوجوب الرد ثابت متضيق عليه.." (١)
""٥٩/٣، ٦٨، ٧١"، من حديث أبي سعيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره قال في مجمع الزوائد ورجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب انتهى وأخرجه أيضا عبد الرزاق وإسحق في مسنده وأبو دأود في المراسيل والنسائي في المزارعة غير مرفوع ولفظ بعضهم: "من استأجر أجيرا فليسم له أجرته" وأخرجه أيضا البيهقي.
وأما قوله: "ويصح منفعة" فصحيح لأن الاعتبار بما وقع عليه التراضي في الأجرة من عين أو منفعة وما صح أن يكون ثمنا في المبيعات صح أن يكون أجرة في الإجارت.
وأما قوله: "ومنفعته أن اختلفت وضررها" فصحيح لأن الاحتمال لمنافع من غير تراض على تسليط المستأجر على كل منفعة يكون سببا لتوقف الانتفاع الذى هو المقصود من الإجارة.
وأما قوله: "يجوز فعل الأقل ضرا وأن عين غيره" فغير مسلم بل يجب عليه الاقتصار على المنفعة التى وقع التراضي عليها فقد يكون في فعل غيرها وإن كان أقل ضررا مفسده على المؤجر وقد يكون مخالفا لغرضه فلا يجوز فعل غير ما تراضيا على تعيينه.
قوله: "ويدخلها الخيار".
أقول: وجهه أن الأغراض في المنافع مختلفة كاختلافها في الأعيان فللمسلط على منافع العين مدة من الزمان أن يفسخها بما يفسخ به المبيع إذا كان لذلك وجه مقبول يلحقه يفوت الغرض في الأعيان وهكذا يدخلها التخيير فإنه إذا جاز في البيع كما تقدم في الأحاديث الصحيحة فدخوله في المنافع من باب فحوى الخطاب وهكذا يدخل الإجارة التعليق بوقت مستقبل نحو أن يقول أجرت منك هذه العين في شهر كذا من الشهور المستقبلة ولا يمنع من هذا شرع ولا عقل وما قيل من أنه يخالف ما سيأتي من قوله ولا يدخل

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٥٥٢

عقد على عقد فوهم ولو صح هذا الوهم لما كان في هذه المخالفة لما هو مبني على مجرد الرأي للبحث بما يقدح في هذا التعليق وقد عرفناك غير مرة أن المناط في تحليل الأموال أعم من أن يكون أعيانا أو منافع هو التراضي إلا أن يرد الشرع الذى يقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه كما ورد في النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما وأما كونه يدخل الإجارة التضمين للعين فوجهه أن المستأجر لها رضي لنفسه بذلك فكان هذا الرضا الصادر منه محللا لماله الذى دفعه في ضمانها ولا حجر في مثل هذا ولا وجه لقوله من قال إنه لا يصح.

قوله: "ويجب الرد" الخ.

أقول: وجهه قوله صلى الله عليه وسلم: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه"، وقد قدمنا ذكره من باب القرض وبيان من خرجه فهذا المستأجر للعين قد أخذ العين من مالكها للانتفاع بها بأجرة فكان عليه تأديتها إلي مالكها ولا نزاع في دخول المستأجر تحت هذا العموم فقول المصنف: "وإلا ضمن" صحيح يصدق عليه قوله في الحديث: "**على اليد ما أخذت**" فإن المراد به على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه.." (١)

"ويضمن المشترك غير الغالب والمتعاطي والبائع قبل التسليم والمرتهن والغاصب وإن لم يضمنوا وعكسهم الخاص ومستأجر الآلة ضمن أثر الاستعمال والمضارب والوديع والوصي والوكيل والملتقط وإذا أبريء البصير من الخطأ والغاصب والمشترك مطلقا برئوا لا المتعاطي والبائع قبل التسليم والمتبريء من العيوب جملة والمرتهن صحيحا] .

قوله: " فصل: ولا يضمن المستأجر" الخ.

أقول: قد عرفناك فيما سبق أن الأصل المعلوم بالشرع عصمة أموال العباد وأنها لا تحل إلا بوجه أوضح من شمس النهار فالحكم بالضمان على من لم يحكم عليه الشرع وهو من أكل أموال الناس بالباطل ومن الأمر بالمنكر ومن عكس ما جاءت به كليات الشريعة وجزئياتها وليس في المقام إلا مثل حديث: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" وحديث: "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك" وقد قدمنا تخريجهما والكلام عيهما والتأدية واجبة في كل مأخوذ فإن فعل بريء وإن لم يفعل ضمن إن تسبب سبب يوجب الضمان من جناية أو تفريط لا إذا كان التلف بغير هذين الوجهين فإنه لم يرد ما يدل على تضييق إيجاب التأدية على أن يقال إنه قد تعدى بالتراخي أو فرط بعدم الرد فورا بل التفريط أن يترك الدابة مثلا في مكان تدخله السباع

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٥٧٤

أو ينتابه اللصوص مع وجود موضع يحفظها فيه وما يشابه ذلك من الأمور التي يتحقق فيها التفريط.
وأما قوله: "إن لم يضمنوا" فصحيح لأنهم إذا رضوا بذلك وقبلوه فمن أنفسهم أتوا وفي سوء اختيارهم وقعوا وأما المتعاطي فهو جر إلى نفسه الضمان بسبب تعاطيه لأنه كان في غنى عن ذلك وإقدامه على ما لا بصر له فيه جناية وخيانة وأما البائع قبل التسليم فقد تقدم الكلام عليه وأما المرتهن فسياتي الكلام عليه إن شاء الله وأما الغاصب فظاهر وسيأتي أيضا.
وأما قوله: "وإن لن يضمنوا" فلكون الضمان إذا قد ثبت بالشرع لم يحتج إلى التضمين.
وأما قوله: "وعكسهم الخاص" الخ فهؤلاء لا فرق بينهم وبين من تقدم في أول الفصل أنها تجب عليهم التأدية ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط وإذا ضمنوا ضمنوا لأنه قد اختاروا ذلك لأنفسهم والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد.
وأما قوله: "وإذا بريء البصير من الخطأ" الخ فوجهه ظاهر فإن الإبراء يسقط ضمان المخطيء والغاصب فضلا عن المشترك لأنه قد رضي لنفسه بإسقاط ما يلزم له بالشرع وذلك سبب محلل لماله ومسوغ لغيره أن يتملكه ومبطل لضمان الجناية بخطأ البصير ولكن كون البصير يضمن ما وقع من الخطأ فيه ما فيه لأن بصره يدفع عنه معرة التضمين بما أخطأ فيه فلا يحتاج إلى إبراء.
وأما قوله: "لا المتعاطي والبائع قبل التسليم" فغير ظاهر لأن الإبراء كما قدمنا محلل مخلص لمن عليه الضمان من الضمانة وأما ما عللوا به المنع من إبراء المتعاطي بأنه عامد فإن كان العمل الذي تعاطى فيه مما لا يستباح بالإجابة فلا بأس وأما ما عللوا به عدم صحة إبراء البائع قبل التسليم من الضمان بقولهم إنه لا يصح إسقاط ضمان الأعيان فما أبرد هذا التعليل." (١)

"كما كانت عليه كان على العامل إرجاع ماله إليه وياخذ نصيبه من الربح وأما الأعراض التي قد صار فيها ربح فله من ربحها ما قدره العدول.
وأما قوله: "فورا وإلا ضمن" ففيه نظر لأنه لا يتضيق الرد إلا بالطلب ولم تكن يده بد عدوان إلا بترك الرد مع الطلب وأما كونه لا يلزمه البيع فواضح لأن صاحب المال قد مات وصار المال إلى وارثه فلم يبق له ولاية التصرف فضلا عن أن يلزمه بيع ما لا ربح فيه وهكذا لا يلزمه بيع ما فيه ربح إلا بإذن من المالك وما كان أحق هذه الأمور بعدم شغلة الحيز بها وإتعاب الطلبة بدرسها فإنها أمور واضحة قد لا تلتبس على

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٥٨٧

العامي فكيف بمن له بعض فقاهة وهكذا تبطل المضاربة بموت العامل لأن الإذن من المالك لم يكن إلا له ولا يلزم وارثه إلا ما يلزم العامل ولو مات المالك لكن على الوجه الذي ذكرناه.

قوله: "فإن أجملها الميت فدين".

أقول: ينبغي أن يقال إن الميت إذا قال عنده لفلان مال مضاربة هكذا على جهة الإجمال طولب وارثه بتعيينه فإن أنكر معرفته فليس عليه إلا اليمين وعلى مالك المال البينة على تعيينه فإن عجز عن ذلك كله كان ما تضمنه ذلك الإجمال ثابتا في تركه الميت وإذا لم يمكن تعيين مقداره رجع إلى أوساط ما يتعامل به الناس في المضاربات.

وأما قوله: "فإن أغفلها حكم بالتلف" فمن غرائب التفريعات وعجائب الاجتهادات فإن مجرد هذا الإغفال لا يكون حجة على رب المال بل يرجع إلى البينة من رب المال أو اليمين من الوراث هذا على تقدير أنه لم يتقرر أصل التعامل أما إذا تقرر فعلى الوارث البينة بأن مورثه قد رد مال المضاربة أو أنه قد تلف بسبب لا يوجب الضمان ومن منكرات التفريعات قول المصنف إن الوارث إذا ادعى تلفها معه فالقول له وإن ادعى تلفها مع الميت فعليه البينة فإنه قلب للشريعة.

قوله: "والقول للمالك في كيفية الربح".

أقول: البينة على مدعي الزيادة سواء كان العامل أو رب المال.

وأما قوله: "ونفيه" فوجهه أن الأصل عدمه فيكون القول قول النافي منهما.

وأما قوله: "وفي أن المال قرض أو غصب لاقراض" فلا يخفاك أن ثبوت اليد يقتضي أنه بمسوغ شرعي فالبينة على مدعي الغصب وأما الاختلاف في كونه قرضا أو قراضا فالبينة على مدعي القراض وهو العامل لأنه يدعي ثبوت حق له في الربح وإلا عدمه.

وأما قوله: "وللعامل في رد المال وتلفه" في الصحيحة فقط فقد عللوا ذلك بأنه أمين وقد عرفناك أن الدليل وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "أد الأمانة إلى من أئتمنك ولا تخن من خانك"، يدلان عن وجوب الرد عليه وحديث: "البينة على من المدعي واليمين على المدعي عليه" يدل على أن على العامل البينة فيما ادعى رده وهكذا فيما أدعى تلفه لأن التلف خلاف

الأصل.

وأما قوله: "وفي قدره" فلا وجه له بل القول قوله نافي الزيادة والبـينة على مدعيها لأن." (١)

"مؤقتة وسيأتي في العمري والرقبى أن المقيدة منها عارية تتناول إباحة الأصلية مع الفرعية.

قوله: "وهي كالوديعة إلا في ضمان ما ضمن".

أقول: العارية والوديعة لا يضمن المستعير والوديع إلا لجناية منه أو تفريط فإذا أراد صاحبهما تضمينه ورضي لنفسه بذلك فمجرد هذا الرضا مسوغ للتضمين وأما ما يروى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضمان على مؤتمن"، كما رواه الدارقطني وفي رواية أخرى للدارقطني بلفظ: "ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان"، ففي إسناد اللفظ الأول من لا يقوم به الحجة وأما اللفظ الثاني فقال الدارقطني إنما يروى عن شريح غير مرفوع وفي إسناده أيضا ضعيفان ومع هذا فنحن نقول بموجبهما أنه لا ضمان عليهما لكن إذا جنيا كان الضمان من الجناية وإذا فرطا كان الضمان عليهما من جهة التفريط وذلك جناية لصاحبهما فيصدق عىل كل واحد منهما أنه مغل وأما حديث: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه"، كما أخرجه أحمد "٥/٨، ١٢، ١٣"، وأبو داود "٣٥٦١"، والترمذي "١٢٦٦"، وابن ماجه "٢٤٠٠"، وصححه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة فلا شك في دلالة الحديث على وجوب الرد وأما دلالته على الضمان على تقدير أن المعنى على اليد ضمان ما أخذت فغير مسلم بل الظاهر أن المعنى على اليد تأدية ما أخذت كما يدل عليه آخر الحديث حتى تؤديه ويمكن أن يكون التقدير على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤديه وترك الحفظ تفريط يوجب الضمان كما تقدم إذا كان ممكنا والا فلا تفريط وهكذا حديث: "أد الأمانة إلى من أئتمنك" كما أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه الحاكم وصححه من حديث أبي هريرة فإنه يدل إلا على مجرد التأدية وأما كونه يضمن إذا ضمن ورضي بذلك فالمناط هو مجرد حصول الرضا فإذا لم يقبل ذلك لم يصح تضمينه ويدل على هذا ما أخرجه أحمد "٣/٤٠١"، وأبو داود "٣٥٦٢"، والنسائي والحاكم من حديث صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: "بل عارية مضمونة"، قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يضمنها فقال أنا اليوم في الإسلام أرغب وأما قول المصنف وإن جهله فلا وجه له وأما وجوب الرد فهو كائن فيهما كما عرفت.

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٦٠٠

وأما قوله: "ويكفي مع معتاد" وإلى معتاد فلا فرق بينهما أيضا أنه يكفي في ردهما ذلك.

وأما قوله: "وكذا المؤخرة والقطة لا الغصب والوديعة" فاستطراد لما هو خارج عن الباب وقد تقدم بيان من يجب عليه الرد ومن لا يجب عليه وفي الجميع الرد من أحد هؤلاء بنفسه بل رسوله يكفي ومن زعم خلاف ذلك فعليه الدليل.

والحاصل أن المعتبر ما يصدق عليه اسم التأدية المذكورة في الحديث السابق بقوله حتى يؤديه ولا شك أن رد ذلك مع معتاد للرد معه وعلى معتاد للرد إليه يصدق عليه أنه تأدية لأن يد الرسول يد مرسلة ويد من ينوب في العادة عن المالك بقبض أملاكه يد له.." (١)

"أقول: الأصل الشرعي هو عدم الضمان لأن مال الوديع معصوم بعصمة الإسلام فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت كما روى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضمان على مؤتمن"، وما رواه أيضا من طريق أخرى عنه: "ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان" فان في أسانيدهما من لا تقوم به الحجة وغاية ما يجب على الوديع هو التأدية لحديث: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" وحديث: "أد الأمانة إلى من ائتمنك" وقد قدمنا تخريجهما أما إذا جنى الوديع على الوديعة فهو ضامن ضمان الجناية كما لو جنى مال الغير وهكذا لو استعملها فتلفت بذلك فإنه أيضا جناية وهكذا لو أعارها أو أجرها أو فرط في حفظها بأن يتركها في أرض مسبعة أو نحو ذلك فإن هذا أيضا نوع من الجناية وقد قدمنا ما ينبغي الرجوع إليه مما له مزيد فائدة هنا ومن التفريط أن يردها مع من لا يحفظ مثلها مثله أو يودعها بغير إذن مالكها أو يسافر بها بلا عذر أو يترك تعهدها مع كونه يظن فسادها بترك التعهد لها لكن الظاهر أن هذا التعهد لا يجب عليه إلا إذا أخذ مالكها عليه ذلك وهكذا لا يجب بيع ما يخشى فساده إلا إذا اشترط عليه مالكها وأما وقوع الخيانة منه فإنه ينقلب بذلك غاصبا ويخرج به عن كونه أمينا وهكذا إذا جحدها فإنه يصير بذلك غاصبا وهكذا إذا ترك ردها بعد الطلب لغير عذر فإنه يصير بذلك مفرطا تفريطا يكون به جانيا.

قوله: "ومتى زال التعدي في الحفظ صارت أمانة".

أقول: إذا فعل الوديع فعلا يخرج به عن كونه أمينا لم يعد له حكم الأمانة إلا بإيداع جديد وذلك بأن يعلم

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٦٢٣

المالك حصول ذلك منه ثم يرضى ببقائها لديه وديعة كما كانت وهكذا سائر ما تقدم من الأسباب المقتضية للضمان لأن عود حكم الأمانة بعد رفعها لا يحصل بمجرد السلامة من ذلك التعدي ولا بمجرد عزم الوديع على عدم التعدي لأن الملك ملك الغير فلا بد من رضائه واخياره وإلا فلا وهذا ظاهر لا يخفى وأما كونه إذا وقع اليأس من عود مالكها دفعها الوديع إلى الوارث فهذا هوالواجب عليه لأن الوارث هو المستحق لتلك العين بعد حصول اليأس كما يستحقها بموت المالك وأما صرفها إلى الفقراء أو غيرهم فليس ذلك إليه ولا ولاية له عليه بل أمر ذلك إلى الأمام والحاكم إذا لم يوجد من له ولاية في مال المالك أقدم من ولايتهما من وصاية أو نحوها وأما كونه إذا عين للتصدق بها وقتا جاز فهذا معلوم لأن له أن يفعل في ملكه ما شاء.
وأما قوله: "ما لم يتيقن موته" فمبني على أنها قد صارت بالموت ملكا للورثة ولكن هذه المقالة قد أفادت أنه قد أخرجه عن ملكه إخراجا مؤقتا بوقت وذلك صحيح كما قدمنا غير مرة فلم يبق للوارث فيه حق وأما على قول من قال إن المضاف إلى بعد الموت وصية تنفذ من الثلث فإن كان مثل هذا يتسع له ثلث ماله فلا حق للوارث وإن كان لا يتسع له كان له المطالبة بما زاد على الثلث.
قوله: "وما أغفله الميت حكم بتلفه".
أقول: هذا الإغفال لا يقتضي هذا الإهمال حتى يقال إنه يحكم بتلفه بل غاية ما هنا أن." (١)
"صبيا ونحوه محجورا فيها أو إلى من أخذ منه إلا غاصبا مكرها أو في حكمه ونحو راع ليلا ويبرأ بمصيرها إلى المالك بأي وجه وإن جهل وبالتخلية الصحيحة وإن لم يقبض إلا لخوف ظالم ونحوه ويجب الرد إلى موضع الغصب وإن بعد أو الطلب إن كانت فيه فيهدم ويكسر ويذبح لرد ما هي فيه حيث له ذلك وإلا فقيمة الحيلولة على الأصح كعبد أبق أو أي شيء تتوسخ فتعذر رده] .
قوله: فصل: "ويجب رد عينه ما لم تستهلك".
أقول: هذا معلوم لأن الخطاب برد نفس المغصوب ثابت بقطعيات الشرع فليس للغاصب أن يعدل إلى قيمته ولا أباح له الشرع ذلك إلا برضا المالك ثم الاستفداء واجب وإن أجحف به كل الإجحاف لأنه قد وقع في معصية الغصب باختياره عدوانا ومخالفة للشرع ووجب عليه التخلص من هذه المظلمة بردها ما دامت موجودة ووجد إليها سبيلا وعلينا الأخذ على يد الظالم حتى يرد مظلمته للمطلوب ولا تأخذ به رأفة فاستثناء الإجحاف من غرائب المقالات ويكون الرد كما ذكر المصنف إلى يد المالك أو يد ولي غير

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٦٥٢

المكلف وهذا معلوم وهكذا الرد إلى يد من أخذ ذلك الشيء منه إذا كان غير غاصب لحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه أما إذا كان غاصبا فالرد إليه غصب على غصب وظلم فوق ظلم.

وأما قوله: "ونحو راع ليلا" فالتعرض لذكره هذه الصورة النادرة لعل وجهه ثبوت عرف بين أهل قرية علم به المصنف أو من نقل هذا عنه ولكن بعد ثبوت معنى الغصب لا وجه لتخصيص بعض الصور إلا لمخصص مسوغ للرجوع إليه في صفة الرد وغيرها.

قوله: "ويبرأ بمصيرها إلى المالك بأي وجه".

أقول: الذي أوجبه الشرع على الغاصب أن يرد ما غصبه إلى مالكه ردا ظاهرا بحيث يعلم المغصوب عليه أن هذه العين هي التي غصبها عليه الغاصب وأنه قد تحلل من مظلمته له بردها إليه وأما جعل الرد بأي وجه محللا للغاصب من المظلمة مسقطا للضمان عنه وإن جهل المالك مجمود غير مرضي وخروج عن طريق الصواب.

قوله: "ويجب إلى موضع الغصب وإن بعد".

أقول: وجهه ظاهر ولا سيما إذا كان موضع الغصب هو الموضع المعتاد لاستقرار تلك العين المغصوبة فيه أو كان يلزم المالك مؤنة بردها إليه أو كان الرد إليه بعد الطلب من المالك فلا شك أن ذلك واجب على الغاصب وهكذا إذا طلب المالك ردها إليه إلى غير موضع الغصب وجب على الغاصب ذلك لأن التحلل من المظلمة لا يكون إلا على الوجه الذي يرضى به المالك وإن لم تكن تلك العين في الموضع الذي طلب المالك ردها إليه فلا وجه للتقييد بقوله إن كانت فيه.

قوله: "ويهدم ويكسر ويذبح حيث له ذلك".." (١)

"أقول: هذا ما ثبت في الصحيحين وغيرهما: "ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه"، ولا يعارض هذا ما أخرجه البخاري من حديث أبي بن كعب وفيه وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "عرفها حولا"، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته ثانيا فقال: "عرفها حولا"، فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال: "احفظ وعاءها ووكاءها وعددها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها"، فاستمتعت بها فلقيته بعد بمكة فقال سلمة بن كهيل الراوي لهذا الحديث لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا وقد جزم ابن حزم بأن الزيادة على الحول في

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٦٥٥

حديث أبي بن كعب غلط قال ابن الجوزي والذي يظهر لي أن سلمة بن كهيل أخطأ فيها ثم تثبت واستمر على عام واحد ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه راويه قال المنذري لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر وحكى ابن المنذر عن عمر أربعة أقوال تعرف ثلاثة أحوال عاما واحدا ثلاثة أشهر ثلاثة أيام وزاد ابن حزم عن عمر قولا خامسا وهو أربعة أشهر.

والحق أن مدة التعريف حول فقط ثم يستمتع بها الملتقط فإن جاء صاحبها ضمنها له كما تقدم في الحديث الصحيح ولكن هذا فيما كان لا يتسامح بمثله أما ما كان يتسامح بمثله فقد أخرج أحمد وأبو داود "١٧١٧"،من حديث جابر قال: رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقط الرجل ينتفع به وفي إسناده المغيرة بن زياد وفيه مقال ولكنه صدوق وشهد له ما أخرجه البخاري "٢٤٣١"، ومسلم "١٠٧١"، وغيرهما أبو داود "١٦٥١، ١٦٥٢"، من حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال: "لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها"، وأما ما روي من تعريف المحقرات ثلاثة فلم يثبت من وجه تقوم به الحجة.

وأما قول المصنف: "وتصرف في فقير أو مصلحة بعد اليأس" فالسنة قد قضت بها بأن استمتاع الملتقط بها وصرفها في نفسه مقدم على صرفها في غيره فإن أراد الصرف في الغير صرف في فقير أو مصلحة.

وأما ما اشتراطه من حصول اليأس فلا وجه له بل الوجه التعريف حولا كما تقدم دليله وأما إيجابه للضمان إذا لم يصرف مع اليأس فليس على ذلك أثارة من علم لأن استمتاع الملتقط بها أو صرفها فيمن هو مصرف لها لم يكن على طريق الحتم بل الأمر فيه للإباحة كما في نظيره وبهذا تعرف عدم صحة ما ذكره المصنف بعد هذا.

وأما قوله: "فإن ضلت فالتقطت انقطع حقه" فهذا الانقطاع مسلم إن كان بتقريط منه وإلا فلا وجه لإنقطاع حقه لحديث: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، فقد صار هذا الملتقط الأول مخاطبا بتأدية ما التقطه حتى يؤديه إلى مالكه.." (١)

"لهم ما تدعوا إليه الحاجة مع كونهم كاسبين بسيوفهم وأعمالهم وهكذا ينبغي أن يترك للمفلس على كل تقدير ما تدعو إليه حاجته من الطعام والإدام إلى وقت الدخل وهكذا يترك للمجاهد والمحتاج إلى المدافعة عن نفسه أو ماله سلاحه وللعالم ما يحتاج إليه من كتب التدريس والإفتاء والتصنيف وهكذا يترك

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٧٠٥

لمن كان معاشه بالحرث مايحتاج إليه من الحرث من دابة وآلة حرث وهكذا يترك لمن كان كسبه بدابته بتأجيرها ونحو ذلك تلك الدابة.

والوجه في استثناء هذه أن الحاجة إليها كالحاجة إلى تلك الأمور التي استثناها المصنف ولا شك أن الرجل الكسوب الساعي في وجوه الرزق وأبواب الدخل هو في حكم المستغنى عن استثناء القوت والإدام إذا كان يتحصل له من الكسب ما يقوم بذلك وإن كان كسبه يقصر عن الوفاء بما يحتاج إليه كان له حكم غيره في الحكم الذي تدعو الحاجة إليه.

والحاصل أن تفويض مثل هذه الأمور إلى أنظار حكام العدل العارفين بالحكم بما أنزل الله هو الذي لا ينبغي غيره لاختلاف الأحوال والأشخاص والأمكنة والأزمنة.

وأما قوله: "وينجم عليه بلا إجحاف" فالذي ينبغي اعتماده هو ما فضل عن الكفاية المعتبرة إن وجد ذلك وإلا كان الحكم هو قول الله عزوجل: {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} [البقرة: ٢٨٠] .

وأما قوله: "ولا يلزمه الإيصال" فيرده حديث علي **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وقد تقدم الكلام على هذا الحديث.

قوله: "ومن أسبابه الصغر والرق والمرض والجنون والرهن".

أقول: أما سببية الصغر للحجر والرق والجنون فالأمر في ذلك كذلك لأن لصغير لا يتصرف عنه وليه كما تقدم والعبد لا يملك شيئا ولا يتصرف في شيء إلا بإذن مولاه والمجنون يتصرف عنه وليه لأنه لا يعقل ما فيه النفع والضرر وقلم التكليف لم يجر عليه مادام مجنونا فجعل المصنف عدم صحة تصرف هؤلاء شرعا حجرا عليهم من جهة الشرع وأما المرض فلا وجه لجعله حجرا لأن تصرفاته نافذة شرعا ما دام ثابت العقل وسيأتي الفرق بين المرض المخوف وغيره وأما الرهن فوجه كونه بمنزلة الحجر ما دام رهنا ظاهر لأن الحق قد تعلق به للمرتهن فلا يخرج عن الرهنية إلا بما تقدم في كتاب الرهن.

وأعلم أن من جملة أسباب الحجر السفه وسوء التصرف وعدم إدراك ما فيه مصلحة من مفسدة وما فيه ربح من خسر وقد قامت على ذلك الأدلة وقد استوفينا البحث في شرحنا للمنتقى فليرجع إليه.

وأما قوله: "ولا يحل به المؤجل" فوجهه أن التأجيل قد صار حقا للمديون ولم يحصل بالحجر عليه ما يقتضي سقوط الحق الثابت له.." (١)

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٨٠٨

"فربما خرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما بالورق فلم ينهنا" وفي لفظ لمسلم رحمه الله وغيره "فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" وسائر الأعيان لها حكم الأرض.

وأما كونه لا يجوز إكراء الأرض بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع لأن أحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع" وإن كانت ثابتة في الصحيحين وغيرهم فهي منسوخة بمثل حديث رافع المتقدم وما ورد في معناه وفي المسألة مذاهب وأدلة مختلفة واجتهادات مضطربة قد أوضحناها في شرح المنتقى وفي رسالة مستقلة ومن أصرح أحاديث النهي حديث جابر عند مسلم وغيره قال: كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال: النبي صلى الله عليه وسلم: "من كان له أرض فليزرعها أو ليحثرها أخاه وإلا فليدعها" وفي حديث سعد بن أبي وقاص أنه نهاهم أن يكرو بذلك وقال: أكروا بالذهب والفضة" أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي ورجاله ثقات وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة نحو حديث جابر.

وأما كون من أفسد ما استؤجر عليه أو أتلف ما استأجره ضمن فلمثل حديث "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي والحاكم وصححه وهوحديث الحسن عن سمرة وفي سماعه منه كلام مشهور والمراد أن على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه والبزار من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن" وقد أخرجه النسائي مسندا ومنقطعا ويؤيده حديث عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز قال: حدثني بعض الوفد الذين قدموا علي أبي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك." (١)

"المستعير يضمنها إذا تلفت في يده إلا إذا كان التلف على الوجه المأذون فيه وأخرج أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" وفي سماع الحسن من سمرة مقال: مشهور وأخرج أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من حديث صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا فقال: أغصبا يا محمد قال: " بل عارية مضمونة".

وأما كونه لا يجوز منع الماعون كالدلو والقدر فلحديث ابن مسعود قال: "كنا نعد الماعون على عهد رسول

---

(١) الدراري المضية شرح الدرر البهية الشوكاني ٢/٢٧٨

الله صلى الله عليه وسلم عارية الدلو والقدر" أخرجه أبوداود وحسنه المنذري وروى عن ابن مسعود وابن عباس أنهما فسرا قوله تعالى: {ويمنعون الماعون} [الماعون:٧] أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل الماعون الزكاة.

وأما كونه لا يجوز منع إطراق الفحل وحلب المواشي والحمل عليها في سبيل الله فلما أخرجه مسلم رحمه الله وغيره من حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم صلى قال: "ما من صاحب إبل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي حقها إلا أقعد لها يوم القيامة بقاع قرقرة تطؤه ذات الظلف بظلفها وتنطحه ذات القرن بقرنها قلنا يارسول الله وما حقها؟ قال: " إطراق فحلها وإعارة دلوها ومنحتها وحلبها على الماء وحمل عليها في سبيل الله" والمراد باطراق فحلها عاريته من يحتاج أن يطرق به ماشيته والمراد بمنحتها أن يعطي المحتاج لينتفع بحلبها ثم يزدها وأما الحمل عليها في سبيل الله فإذا طلب ذلك من لا ماشية له من صاحب المواشي التي فيها زيادة على حاجته.." (١)

"خيبر بشطر ما يخرج من تمر أو زرع "وإن كانت ثابتة في الصحيحين وغيرهما فهي منسوخة بمثل حديث رافع المتقدم وما ورد في معناه وفي المسألة مذاهب متنوعة وأدلة مختلفة واجتهادات مضطربة قد أوضحها الماتن في شرح المنتقى وفي رسالة مستقلة وذكرتها في مسك الختام ومن أصرح أحاديث النهي حديث جابر عند مسلم وغيره قال: "كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من القصري١ ومن كذا ومن كذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم " من كانت له أرض فليزرعها أو ليحرثها أخاه وإلا فليدعها " وفي حديث سعد بن أبي وقاص "أنه نهاهم أن يكروا بذلك وقال: " أكروا بالذهب والفضة" أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي ورجاله ثقات وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة نحو حديث جابر وفي الحجة البالغة: اختلف الرواة في حديث رافع اختلافا فاحشا وكان وجوه التابعين يتعاملون بالمزارعة ويدل على الجواز حديث معاملة أهل خيبر وأحاديث النهي عنها محمولة على الإجارة بما على الماذيانات أو قطعة معينة وهو قول رافع أو على التنزيه والإرشاد وهو قول ابن عباس أو على مصلحة خاصة بذلك الوقت من جهة كثرة مناقشتهم في هذه المعاملة حينئذ وهو قول زيد رضي الله تعالى عنه والله تعالى أعلم والمزارعة أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر من الآخر والمخابرة أن يكون الأرض لواحد والبذر والبقر والعمل من الآخر ونوع آخر يكون العمل من أحدهما والباقي من الآخر انتهى "ومن أفسد ما استؤجر

---

(١) الدراري المضية شرح الدرر البهية الشوكاني ٢/٢٩٠

عليه أو أتلف ما استأجره ضمن"لمثل حديث "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي والحاكم وصححه وهو من حديث الحسن عن سمرة وفي سماعه منه كلام مشهور والمراد أن على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه والبزار من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن" وقد أخرجه النسائي مسندا منقطعا ويؤيده حديث عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز

١قوله القصري قال النووي في شرح مسلم هو بقاف مكسورة ثم صاد مهملة ساكنة ثم راء مكسورة ثم ياء مشددة على وزن القبطي هكذا ضبطناه وكذا ضبطه الجمهور وهو المشهور قال القاضي هكذا رويناه عن أكثرهم وعن الطبري بفتح القاف والراء مقصور وعن ابن الخزاعي ضم القاف مقصور وقال الصواب الأول وهو ما بقي من الحب في السنبل بعد الدباس اهـ.." (١)

"ائتمنه ولا يخون من خانه" لقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} ولقوله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم: "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك" أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه والحاكم وصححه من حديث أبي هريرة وفي إسناده طلق ابن غنام عن شريك وقد استشهد له الحاكم بحديث أبي التياح عن أنس وفي إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه وقد تفرد به كما قال الطبراني وأخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية من حديث أبي بن كعب وفي إسناده من لا يعرف وأخرجه أيضا الدارقطني عنه وأخرجه البيهقي والطبراني عن أبي أمامة بسند ضعيف وأخرجه الدارقطني والطبراني والبيهقي وأبو نعيم من حديث أنس وأخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي عن رجل من الصحابة وفي إسناده مجهول غير الصحابي "ولا ضمان عليه إذا تلفت العين المستعارة أو المستودعة بدون جنايته وخيانته"لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضمان على مؤتمن" أخرجه الدارقطني وفي إسناده ضعف وقد وقع الإجماع على أن الوديع لا يضمن إلا لجناية منه على العين لما أخرجه الدارقطني في الحديث السابق من طريق أخرى بلفظ "ليس على المستعير غير المغل ضمان" والمغل هو الخائن والجاني خائن وأما المستعير فقد ذهب إلى أنه لا يضمن إلا لجناية أو خيانة الحنفية والمالكية وحكى في الفتح عن الجمهور: أن المستعير يضمنها إذا تلفت في يده إلا إذا كان التلف على الوجه المأذون فيه وأخرج

---

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية ط المعرفة صديق حسن خان ٢/١٣٥

أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه" وفي سماع الحسن عن سمرة مقال مشهور وأخرج أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من حديث صفوان بن أمية "أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة" قال الماتن في حاشية الشفاء: وجميع هذه الأسباب داخلة تحت قوله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " إن كان المراد على اليد ضمان ما أخذت ولكن الظاهر أن المراد على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤديه وذلك إنما يكون في الباقي وليس فيه دليل." (١)

"أو على مصلحة خاصة بذلك الوقت من جهة كثرة مناقشتهم في هذه المعاملة حينئذ، وهو قول زيد - رضي الله تعالى عنه -، والله - تعالى - أعلم ".

" والمزارعة: أن يكون الأرض والبذر لواحد، والعمل والبقر من الآخر، والمخابرة: أن يكون الأرض لواحد، والبذر والبقر والعمل من الآخر، ونوع آخر يكون العمل من أحدهما والباقي من الآخر ". انتهى.

([بيان أن من أفسد ما استؤجر عليه أو تلف ما استأجره ضمن] :)

(ومن أفسد ما استؤجر عليه، أو أتلف ما استأجره ضمن) ؛ لمثل حديث (١) : " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ".

أخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، والترمذي، والحاكم - وصححه -، وهو من حديث الحسن عن سمرة؛ وفي سماعه منه كلام مشهور.

والمراد: أن على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه.

وأخرج أبو داود (٢) ، والنسائي، وابن ماجه، والبزار من حديث عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال:

ـــــــــــــــــــــ

(١(• سيأتي. (ن)

(٢) • في (الديات) (٢ / ٢٥٧ - ٢٥٨) ، والدارقطني أيضا (ص ٣٧٠، ٥١٦) ؛ من طريق الوليد ابن مسلم: ثنا ابن جريج، عن عمرو ... به.

---

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية ط المعرفة صديق حسن خان ١٤٨/٢

وقال أبو داود: " هذا لم يروه إلا الوليد، لا ندري هو صحيح أم لا؟ ".

قلت: والوليد يدلس تدليس التسوية؛ فلعله أسقط الواسطة بين ابن جريج وعمرو؛ على أن ابن جريج مدلس أيضا؛ وقد عنعنه. (ن)

وانظر " الصحيحة " (٦٣٥) .." [(١)]

"ما أخذت حتى تؤديه "؛ وفي سماع الحسن عن سمرة مقال مشهور.

وأخرج أحمد، وأبو داود (١) ، والنسائي، والحاكم (٢) من حديث صفوان بن أمية: أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ ! قال: " بل عارية مضمونة ".

قال الماتن في " حاشية الشفاء ":

" وجميع هذه الأسباب داخلة تحت قوله - صلى الله عليه وسلم -: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي "؛ إن كان المراد على اليد ضمان ما أخذت، ولكن الظاهر أن المراد: على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤديه، وذلك إنما يكون في الباقي، وليس فيه دليل على ضمان التالف (٣) ".

([لا يجوز منع الماعون] :)

(ولا يجوز منع الماعون: كالدلو والقدر) ؛ لحديث ابن مسعود، قال: كنا نعد الماعون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عارية؛ الدلو والقدر.

أخرجه أبو داود (٤) ، وحسنه المنذري.

وروي عن ابن مسعود، وابن عباس: أنهما فسرا قوله - تعالى -:

---

(١) • (٢ / ١١١) . (ن)

(٢) • والبيهقي وقواه، وله عند الحاكم (٣ / ٤٩) شاهد عن جابر. (ن)

(٣) بل الظاهر من الحديث - ومن باقي الأحاديث -؛ أن على المستعير أن يؤدي ما استعاره، وأنه ضامن إلى أن تبرأ ذمته بالأداء؛ لأنه جعل الغاية الأداء، وما زعمه الشارح من تقدير أن على اليد حفظ ما أخذت؛ لا دليل عليه. (ش)

---

(١) الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية صديق حسن خان ٢/٤٥٤

(٤) • (١ / ٢٦٣) ؛ من طريق عاصم بن أبي النجود، عن شقيق، عن ابن مسعود.

وهذا سند حسن. (ن)." [١]

"[٣٥٦٠] (هو لك ما عشت) أي مدة عيشك وحياتك (فهو له) أي للرجل المعمر له (للآخر مني ومنك) أي للمتأخر منا موتا

والحديث سكت عنه المنذري

٤ - (باب في تضمين العارية)

[٣٥٦١] (عن الحسن) هو البصري (**على اليد ما أخذت**) أي يجب على اليد رد ما أخذته

قال الطيبي ما موصولة مبتدأ وعلى اليد خبره والراجع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة (حتى تؤدي) بصيغة الفاعل المؤنث والضمير إلى اليد أي حتى تؤديه إلى مالكه

والحديث دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إجازة أو غيرهما حتى يرده إلى مالكه وبه استدل من قال بأن المستعير ضامن وسيجيء الخلاف في ذلك

ـQقال الحافظ شمس الدين بن القيم رحمه الله اختلف أهل الحديث في سماع الحسن من سمرة على ثلاثة أقوال

أحدها صحة سماعه منه مطلقا وهذا قول يحيى بن سعيد وعلي بن المديني وغيرهما

والثاني أنه لا يصح سماعه منه وإنما روايته عنه من كتاب

والثالث صحة سماعه منه حديث العقيقة وحده قال البخاري في صحيحه حدثني عبد الله بن أبي الأسود حدثنا قريش بن أنس عن حبيب بن الشهيد قال أمرني بن سيرين أن أسأل الحسن ممن." [٢]

"قال في السبل وكثيرا ما يستدلون بقوله **على اليد ما أخذت** حق تؤديه على التضمين ولا دلالة فيه صريحا فإن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى تؤدي انتهى

---

(١) الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية صديق حسن خان ٤٨٨/٢

(٢) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٣٤٤/٩

قلت فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك إلخ والله تعالى أعلم وعلمه أتم

قال المنذري وأخرجه الترمذي والنسائي وبن ماجه وقال الترمذي حسن وهذا يدل على أن الترمذي يصحح سماع الحسن من سمرة وفيه خلاف تقدم وليس في حديث بن ماجه قصة الحسن

[٣٥٦٢] (عن أبيه) أي صفوان وهو قرشي من أشراف قريش هرب يوم الفتح فاستأمن له معاذ وحضر مع النبي صلى الله عليه وسلم حنين والطائف كافرا ثم أسلم وحسن إسلامه كذا في السبل (منه) أي من صفوان (أدرعا) جمع درع (أغصب) أي أهو غصب (بل عارية مضمونة) من استدل به على أن العارية مضمونة جعل لفظ مضمونة صفة كاشفة لحقيقة العارية أي أن شأن العارية الضمان ومن قال إن العارية غير مضمونة جعل لفظ مضمونة صفة مخصصة أي أستعيرها منك عارية متصفة بأنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان كذا في النيل

Qـــسمع حديث العقيقة فسألته فقال من سمرة بن جندب

وفي المسند من حديث المبارك بن فضالة عن الحسن قال حدثنا سمرة بن جندب قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وحديث الحسن هذا عن سمرة في العارية أخرجه الحاكم في صحيحه وقال هو على شرط البخاري وفيما قاله نظر

فإن البخاري لم يخرج حديث العقيقة في كتابه من طريق الحسن عن سمرة وإنما أخرجه من حديث أيوب السختياني عن بن سيرين حدثنا سليمان بن عامر الضبي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول مع الغلام عقيقة الحديث ثم أتبعه قول حبيب بن الشهيد أمرني بن سيرين أن أسأل الحسن ممن سمع حديث العقيقة فسألته فقال من سمرة

وهذا لا يدل على أن الحسن عن سمرة من شرط كتابه ولا أنه احتج به." (١)

"(وصفوان بن أمية) أخرجه أبو داود (وأنس) أخرجه الطبراني في كتاب مسند الشاميين ذكره الزيلعي في نصب الراية في الكفالة بإسناده ومتنه

وفي الباب عن بن عباس ذكره الزيلعي فيه

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٣٤٥/٩

قوله (حديث أبي أمامة حديث حسن) وأخرجه أحمد وأبو داود وبن ماجه

قال الحافظ الزيلعي قال صاحب التنقيح رواية إسماعيل بن عياش من الشاميين جيدة وشرحبيل من ثقات الشاميين

قاله الإمام أحمد ووثقه أيضا العجلي وبن حبان وضعفه بن معين انتهى

والحديث أخرجه الترمذي في الوصايا مطولا

[١٢٦٦] قوله (**على اليد ما أخذت**) أي يجب على اليد رد ما أخذته

قال الطيبي ما موصولة مبتدأ وعلى اليد خبره والرابع محذوف أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها

والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفة (حتى تؤدي) بصيغة الفاعل المؤنث والضمير إلى اليد

أي حتى تؤديه إلى مالكه فيجب رده في الغصب وإن لم يطلبه

وفي العارية إن عين مدة رده إذا انقضت ولو لم يطلب مالكها

وفي الوديعة لا يلزم إلا إذا طلب المالك

ذكره بن الملك

قال القارىء وهو تفصيل حسن يعني من أخذ مال أحد بغضب أو عارية أو وديعة لزم رده انتهى

(قال قتادة ثم نسي الحسن) أي الحديث (فقال) أي الحسن (هو) أي المستعير (لا ضمان عليه) لا يلزم من قول الحسن إن المستعير لا ضمان عليه أنه نسي الحديث كما ستعرف (هذا حديث حسن) أخرجه الخمسة إلا النسائي وصححه الحاكم

وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور ووقع في بعض النسخ هذا حديث صحيح واستدل بهذا الحديث من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان وهو صالح للاحتجاج به على التضمين لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ على من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ

وقال المقبلي في المنار يحتجون بهذا الحديث في مواضع على التضمين

ولا أراه صريحا لأن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد وإلا فليست بأمينة

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا

وأما الحفظ فمشرك وهو الذي تفيده على فعل هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك لا

ضمان عليه

بعد رواية الحديث انتهى

قال." [1]

"(١٣) " الخيانة لا تتجزأ ".

فلو أن الوصي على عدة تركات، أو المتولي على عدة أوقاف خان في إحداها وجب عزله من جميعها (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية، الباب الثامن من الوقف ١ / ٢٠٤) .

(١٤) " شرط الواقف كنص الشارع ".

(مجامع الحقائق، وقواعد الحمزاوي مسائل الوقف ص / ٢١٤) .

وهذا التشبيه بنص الشارع إنما هو من ناحيتين: ١ - أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الأصولية التي يجب تحكيمها في تفسير نص الشارع.

٢ - أنه يجب احترامه وتنفيذه كوجوب العمل بنص الشارع، لأنه صادر عن إرادة محترمة، نظير الوصية.

وهذا ليس على إطلاقه فإن شروط الواقفين ثلاثة أنواع: نوع باطل لا يعمل به؛ ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند الاقتضاء؛ ونوع محترم مطلقا لا تجوز مخالفته بحال. وهذا هو الذي تطبق عليه هذه القاعدة.

وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثلتها في كتابنا " أحكام الأوقاف " الجزء الأول ف / ١٥١ - ١٦٥ / فليرجع إليه.

(١٥) " الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ".

وكذا قولهم " الاستصحاب يصلح للدفع لا للاستحقاق " فإن الاستصحاب هو من قبيل الظاهر (ر: ف / ٦٨٤ / والأشباه لابن نجيم ج ١ ص / ١٠٤) . (١٦) " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ".

هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم (ر: ف / ٤٧ و ٦٥٥) .

(١٧) " غرض الواقف مخصص لعموم كلامه ". (قواعد الحمزاوي، مسائل الوقف ص / ٢٢٧) .." [2]

---

(١) تحفة الأحوذي عبد الرحمن المباركفوري ٤٠٢/٤

(٢) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٨٤

"الفعل، لا زاجرة لهم، فلم سنت قوانين صارمة، وأدرك هؤلاء الاشرار خطورتها، كفوا عن تعاطي هذه السموم، وهذه القوانين تقرها الشريعة الإسلامية، وتحبذها، لأن للحاكم أن يعزر بما يراه قاطعا للجرائم، سواء كانت مقصورة على الشخص، أو تتقداه إلى المجتمع.

رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا سرق السارق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى) الحديث، ولأن السرقة الثانية مثل الآولى في سببية القطع، بل أفحش لأن العود بعد الزاجر اقبح، وصار كما لو باعه المالك للسارق ثم اشتراه منه، ثم كانت السرقة فإنه يقطع اتفاقا من غير خلاف، ولأن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان، حتى لو غصبها السارق أو أتلفها كان ضامنا، فكذلك في حكم القطع، وعموم القرآن يوجب عليه القطع، ولأنه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه. وبهذه الوصاف لزمه القطع في المرة الولى، بكذلك في المرة الثانية.

هل يجتمع الغرم مع القطع

الحنفية، والحنابلة قالوا: إذا ثبتت الجناية على السارق فلا يجتمع عليه وجوب الغرم مع القطع، وإن تلف المسروق هلاكا أو استهلاكا فلا يضمن، فإن غرم فلا قطع، وإن قطع فلا غرم، أما إذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها، لبقائها على ملكهن من غير خلاف وللمسروق منه الخيار، فإن فاختار الغرم لم يقطع السارق، وإن اختارم القطع فلا غرامة عليه، لما رواه النسائي من حديث المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد) ففي الحديث دليل على أن العين المسروقة إذا تلفت في د السارق لم يغرمها بعد أن وجب عليه القطع سواء أتلفها قبل القطع أو بعده، ولأن هذا القطع جزاء، والجزاء هو الكافي، فدل ذلك على أن هذا القطع كان في جناية السرقة، ولأن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول، فصار القطع بدلا من الغرم، ولذلك إذا تكرر من السارق، سرقة ما قطع به، لم يقطع فيه مرة ثانية، لشبهة اتحا المحل، والسبب.

ولأن وجوب الضمان ينافي القطع، لأن يتملكه بعد أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فتبين أنه أخذ ملكه، ولا قطع في ملكه، لكن القطع ثاب قطعا، فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي إليه الضمان فينتفي الضمان.

المالكية قالوا: إن كان السارق موسرا وجب عليه القطع والغرم، وإن كان معسرا لم يجب عليه الضمان بل يقطع فقط. لأن له رائحة عذر لما ظهر عنده من الفاقة والحاجة، و {لا يكلف الله نفسا إلا وسعها}
الشافعية رحمهم الله تعالى قالوا: يجب القطع والغرم على السارق على أي حال موسرا أو معسرا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) ولقوله تعالى: {لا تأكلوا أموالكم بينكم." [1]

"كتاب الوديعة والعارية

٣٠٩٥- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا ضمان على مؤتمن» . رواه الدارقطني.

٣٠٩٦- وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» . رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

٣٠٩٧- وعن الحسن عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» . رواه الخمسة إلا النسائي.

زاد أبو داود والترمذي: قال قتادة: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. يعني: العارية.

٣٠٩٨- وعن صفوان بن أمية: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استعار منه يوم حنين أدرعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» . قال: فضاع بعضها، فعرض عليه النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب. رواه أحمد وأبو داود.

٣٠٩٩- وعن أنس بن مالك قال: كان فزع بالمدينة، فاستعار النبي - صلى الله عليه وسلم - فرسا من أبي طلحة يقال له المندوب فركبه فلما رجع قال: «ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحرا» . متفق عليه.

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري ١٧٩/٥

٣١٠٠- وعن ابن مسعود قال: كنا نعد الماعون على عهد رسول الله." (١)

"وسلم: " ما أخاله سرق (١) "، فقال السارق: بلى يارسول الله.

فقال: " اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه (٢) ، ثم ائتوني به "، فقطع فأتي به.

فقال: تب إلى الله.

قال: قد تبت إلى الله.

فقال: " تاب الله عليك ".

رواه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي، وصححه ابن القطان.

تعليق يد السارق في عنقه: ومن التنكيل بالسارق والزجر لغيره، أمر الشارع بتعليق يد السارق المقطوعة في عنقه.

روى أبو داود والنسائي والترمذي: وقال " حسن (٣) غريب، عن عبد الله بن محيريز قال: سألت فضالة عن تعليق يد السارق في عنقه: أمن السنة هو؟ فقال: أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعت يده، ثم أمر بها فعلقت في عنقه.

اجتماع الضمان والحد: إذا كان المسروق قائما رد إلى صاحبه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " وهذا مذهب الشافعي وأحمد وإسحاق.

فإذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله، وقطع ولا يمنع أحدهما الاخر، لان الضمان الحق الادمي، والقطع يجب لله تعالى، فلا يمنع أحدهما الاخر كالدية والكفارة.

وقال أبو حنيفة: إذا تلف المسروق فلا يغرم السارق لانه لا يجتمع الغرم مع القطع بحال لان الله ذكر القطع ولم يذكر الغرم.

وقال مالك وأصحابه: إن تلف، فإن كان موسرا غرم، وإن كان معسرا لم يكن عليه شئ.

---

(١) في هذا إيحاء للسارق بعدم الاقرار وبالرجوع عنه.

---

(١) بستان الأحبار مختصر نيل الأوطار فيصل المبارك ١١٤/٢

(٢) في هذا دليل على أن نفقة الحسم ومؤنته ليست على السارق وإنما هي في بيت المال.

(٣) في إسناده الحجاج بن أرطأة قال النسائي: هو ضعيف لا يحتج بحديثه.." (١)

"وإلى هذا ذهب ابن عباس وعائشة وأبو هريرة والشافعي وإسحاق.

ففي حديث سمرة، رضي الله عنه، أن النبي، صلى الله عليه وسلم، قال: " **على اليد ما أخذت** حتى تودي " (١) .

وذهب الاحناف والمالكية إلى أن المستعير لا يضمن إلا بتفريط منه، لقول الرسول، صلى الله عليه وسلم: " ليس على المستعير غير المغل (٢) ضمان، ولا المستودع غير المغل ضمان ". أخرجه الدارقطني.

---

(١) أي اليد ضمان ما أخذت حتى ترده إلى مالكه.

(٢) المغل: الخائن.." (٢)

"حديث أبي سعيد في الرجلين اللذين تيمما وصليا ثم وجدا الماء

[وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: (خرج رجلان في سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء، فتيمما صعيدا طيبا فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهم الصلاة والوضوء، ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرا ذلك له، فقال للذي لم يعد: أصبت السنة وأجزأتك صلاتك، وقال للآخر: لك الأجر مرتين) رواه أبو داود والنسائي] .

يسوق المؤلف رحمه الله تعالى هذا الحديث عن أبي سعيد رضي الله تعالى عنه قال: (خرج رجلان) فكونه لم يسم الرجلين لا يضر في الحديث؛ لأن الرجلين ليسا موضع تشريع خاص بهما، ولكنه يحكي ما وقع منهما، وما بينه صلى الله عليه وسلم من فعلهما، وهذا من أهم أحاديث التيمم.

هذان الرجلان خرجا في سفر وليس عندهما ماء، وأدركتهما الصلاة، فتيمما وصليا، وإلى هنا فعلا شيئا عاديا، صليا بطهارة مشروعة وهو التيمم عند انعدام الماء، ثم مضيا في طريقهما فوجدا الماء الذي كان مفقودا عند التيمم، والوقت باق لم يخرج، وهنا اجتهد الرجلان، وكما يقول العلماء: يجوز الاجتهاد في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولكن في غيبته لا في حضوره، أما في حال حضوره فلا اجتهاد لأحد، ولا يقدم

---

(١) فقه السنة سيد سابق ٢/٥٠٥

(٢) فقه السنة سيد سابق ٣/٢٤٤

أحد شيئا بين يدي رسول الله.
ولنفرض أنهما سافرا ودخل وقت العصر وليس عندهما ماء، فتيمما وصليا في أول الوقت، وفي أثناء المسير عند اصفرار الشمس وجدا الماء، فهم الآن في وقت العصر التي صلياها، فحينئذ اجتهد الرجلان، أما أحدهما فرأى أن الوقت باق، وهو مطالب بالصلاة بطهارة مائية: {إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم} [المائدة:٦] ، فتوضأ وأعاد الصلاة بهذا الوضوء، ليوقع الصلاة بطهارة مائية كما أمر، والآخر نظر إلى شيء آخر وقال: لقد صليت بطهارة مشروعة، تيممت كما أمرني الله: {فلم تجدوا ماء فتيمموا} [النساء:٤٣] ، وقد أديت الصلاة بوجهها المشروع وانتهيت من أدائها ومضت، فكوني أجد الماء بعد ذلك لست مطالبا بإعادة الصلاة؛ لأنني صليتها بطهارة مشروعة جائزة لي، إذا أنا عملت عملا صحيحا شرعيا، أما أن أوجب على نفسي إعادة الصلاة بطهارة الماء فأنا لا أرى ذلك ولم أفعل.
إذا: اختلاف وجهات النظر فيما لا نص فيه أمر وارد، ولم يعب الذي توضأ وصلى على من لم يتوضأ ولم يصل، ولم يقل له: أنت مقصر، وإنما قال: هذا اجتهادي أنا في نفسي، والثاني لم يقل له: أنت مبتدع أو مخالف، ولم يعب عليه؛ لأن كلا منهما عمل باجتهاده الخاص، وليس عند أحدهما نص يوقف الآخر عنده، وقد جاء عن أمير المؤمنين عمر رضي الله تعالى عنه أنه مر عليه رجلان فقال: من أين جئتما؟ قالا: من عند فلان، قال: ماذا تصنعان عنده؟ قالا: كنا نحتكم إليه في قضية كذا، قال: بم حكم لكما؟ قالا: حكم بكذا، قال: لو كنت أنا لحكمت بغير ما حكم به، فقالا: وما الذي يمنعك أن تحكم بيننا وأنت أمير المؤمنين بما تراه؟ فقال لهما: -وهذا محل الشاهد، وينبغي على طالب العلم الحرص كل الحرص على هذا المنهج؛ لأنه هو الذي يبقي المودة والأخوة، وصفاء النفس، وطهارة القلب بين طلبة العلم- قال: لو كنت أردكما إلى نص رسول الله أو كتاب الله لفعلت، ولكني سأردكم إلى رأيي، وليس الرأي بأولى من الرأي.
مع أنه أمير المؤمنين، وهو خليفة راشد، والرسول يقول: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي) ، فلما لم يكن عنده نص من كتاب ولا سنة توقف، وقال: ولكني سأردكم إلى رأيي.
وقد بين لنا القرآن الكريم في قضية داود وسليمان: {إذ يحكمان في الحرث} [الأنبياء:٧٨] ، فداود عليه السلام حكم لأهل الحرث بالغنم عوضا عن الحرث الذي أتلفته، وسليمان قال: أنا سأحكم بغير هذا، وعندي وجهة نظر أخرى، قال: تكون الغنم عارية عند أهل الحرث ينتفعون منها، وأصحاب الغنم يقومون

على الحرث حتى يصلح على ما كان عليه من قبل، فمثلا: إذا أكلت الغنم القمح في صغره، فهو يمكن أن ينبت ويطلع، فالشجر الصغير يمكن أن يورق وتطلع أغصانه، ويأتي بالثمار، فإذا ما استوى الحرث على ما كان عليه رد الحرث لأصحابه، وردت الغنم لأصحابها، وقال الله سبحانه وتعالى: {ففهمناها سليمان} [الأنبياء:٧٩] ، ثم قال: {وكلا آتينا حكما وعلما} [الأنبياء:٧٩] .

فكما قال الفقهاء: صوب الله حكم الاثنين؛ فحكم داود صحيح، وحكم سليمان صحيح، ولكن حكم سليمان أكثر فهما وأجمع للمصلحتين، ونحن لو نظرنا في قضائنا اليوم: (**على اليد ما أخذت**، وعلى العين ضمان ما أتلفت) ، فداود حكم بهذه القاعدة، وسليمان عليه السلام رأى إلى ضمان مصلحة الطرفين.

وهنا عمر رضي الله تعالى عنه الملهم المحدث يقول: لو كنت أردكما إلى نص من كتاب أو من سنة فعلت ونفذت؛ لأنه لا اجتهاد مع النص، ولكن رأيي، وليس الرأي أولى من الرأي) ، ولهذا في نظام القضاء لو أن قضية عرضت على قاض، وهي مسألة اجتهادية لا نص فيها، وحكم فيها، فإن حكمه يمضي، ولا يحق لحاكم يأتي بعده -ولو كان أعلى منه رتبة- أن ينقض ذلك الحكم؛ لأنه سوف ينقضه لرأيه الخاص، وليس رأيا بأولى من رأي، أما إذا كان مخالفا نصا فينقض لمخالفة النص.

فهذان رجلان مستويان في الدرجة، أدركتهما الصلاة ولا ماء عندهما، وهما يعلمان الحكم بأن الصعيد طهور المسلم، فتيمما وصليا، ثم طرأ عليهما ما جدد الفكر، واستوجب النظر، وهو أنهما وجدا الماء في الوقت، فحينئذ لو لم يكونا صليا بالتيمم فسوف يكون الواجب عليهما الوضوء والصلاة، لكنهما صليا وأديا ما عليهما، فأعاد أحدهما الصلاة بوضوء، والثاني لم يعد، وإلى هنا عمل كل منهما مغاير للآخر، والمرجع في هذا إلى الله ورسوله، فالرسول صلى الله عليه وسلم فصل في القضية، وهذا مما يبين منزلة صدر الإسلام وسلف الأمة، وأصحاب رسول الله الذين يتلقون العلم مبدئيا حيا طريا من رسول الله مباشرة، فإذا جاءنا حكم عن صحابي عن رسول الله وجب أن نرفع به رأسا، ويجب أن نسترعيه الانتباه، ونعلم بأن هذا أحق ما يمكن أن يؤخذ فيه الأحكام.

فأجابهما صلى الله عليه وسلم على ما كان منهما، وقال للذي لم يتوضا والصلاة لم يعد: أصبت السنة، والسنة هي الطريقة، وقد تستعمل السنة في مقابل الفرض في ذلك الوقت، وهو أمر اصطلاحي، كما جاء في حق رمضان: (إن الله افترض عليكم صيامه، وسننت لكم قيامه) ، وليس قيام الليل يعدل صيام النهار، فالصوم فرض: {كتب عليكم الصيام} [البقرة:١٨٣] ، ولكن القيام من النوافل والسنن، فهنا نص صلى

الله عليه وسلم على الفرق بين العملين، العمل الذي هو فرض وعين على كل مكلف، والعمل الذي هو سنة مندوب إليه، فقال للذي لم يعد واكتفى بالعمل الأول: (أصبت السنة) ، والسنة: هي الطريقة، كما قيل: من معشر سنت لهم آباؤهم ولكل قوم سنة وإمام أي: لكل معشر طريقة وإمام يقتدون به، وقوله: (سنت لهم آباؤهم) أي: رسمت لهم الطريقة والمنهج في حياتهم.

وقوله صلى الله عليه وسلم للذي اكتفى بالعمل الأول: (أصبت السنة) ، يدل على أن صلاته صحيحة؛ ولهذا أخذ العلماء أن من تيمم في أول الوقت لانعدام الماء، ثم وجده في الوقت، فإن صلاته صحيحة؛ لأن إصابة السنة معناها إصابة الصواب، فهو نص على أن الصلاة صحيحة مجزئة، وأنه أصاب السنة بعمله ذلك.

وقال للآخر: (لك الأجر مرتين) .

وذلك لأنه فعل الصلاة مرتين، مرة بالتيمم، ومرة بالوضوء، وبعضهم يقول: (لك الأجر مرتين) أي: لاجتهادك، ولكن الأول كذلك اجتهد في اكتفائه بالتيمم وصلاته التي مضت، فالتحقيق كما يقوله الكثيرون: (لك الأجر مرتين) ، لأنه أعاد الصلاة مرتين، مرة بالتيمم، ومرة بالطهارة المائية.." (١)

"حديث: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله الصادق الأمين، وعلى آله وصحبه.

أما بعد: فيقول المصنف رحمه الله: [عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم] .

هذا الحديث ليس فيه نص في ذكر العارية، ولكن فيه: (**على اليد ما أخذت**) ، سبحان الله! هل اليد هي الآخذة أو الإنسان هو الذي يأخذ بيده؟! الجواب: هو الإنسان ولكن هذا من البلاغة؛ لأن اليد هي المباشرة، فأسند الفعل إليها، وأما حقيقة فليست هي الآخذة ولكنها آلة الأخذ، وهنا (اليد) (ال) هنا للجنس أي: كل يد (عليها ما أخذت حتى تؤديه) .

(تؤديه) يعني: ترده من حيث أخذته، ومن أين أخذته؟ أخذته من شخص جاز التصرف فيه.." (٢)

---

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٤/٣٦

(٢) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٢/٢١٢

"وجوب رد العارية

(**على اليد ما أخذت**) أخذت ممن؟ ومن أين؟ وهل أخذت سرقة أو أخذت غصبا؟ المراد: أخذت من مالك العارية أو من ينوب عنه.

(حتى) وحتى: حرف غاية، (تؤديه) أي: ترده من حيث أخذته، واستدلوا على وجوب ردها بقوله سبحانه وتعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء:٥٨] ، والحديث عام في كل ما أخذته يد من غيرها، إذا استأجرت عينا، أو استأجرت سيارة فعليك أن تؤديها: (**على اليد ما أخذت**) وهي في ضمانها حتى تؤديه، فإذا استعرت أرضا مثلا: فعليك هذه الأرض حتى تؤديها، أو استعرت دارا تسكنها، أو دكانا تستخدمه، أو دابة تركبها، وكل ذلك مما تصح إعارته فعليك ضمانها، وعليك حفظها.

(**على اليد ما أخذت**) هنا يقولون: في الحديث محذوف مقدر يرجع تقديره إلى حكم العارية.

أي: مؤداة أو مضمونة.

فإن كانت مؤداة فعلى اليد حفظها، وإن كانت مضمونة فعليها ضمانها.

أي: على اليد ضمان ما أخذت، وعلى اليد حفظ ما أخذت، وكلا التقديرين وارد.

وعليه يأتي البحث في العارية أمضمونة هي أم مؤداة؟ والفرق بين مضمونة ومؤداة: المضمونة لو تلفت بصرف النظر عن صور الإتلاف فيما تلفت، وقلنا: عليه الضمان ضمن القيمة أو المثلية، والقيمة إن كانت مقومة، والمثل إن كانت مثلية، وأما مؤادة فالموجود منها يرده ويؤديه إلى صاحبها، والتالف لا ضمان فيه.

إذا: العارية من حيث هي مندوب إليها في الحكم، وقد ذم الله مانعيها في عموم قوله سبحانه: {ويمنعون الماعون} [الماعون:٧] ، ثم يأتي الكلام عن أنواعها وعن أحكام المعير، والمستعير، والضمان.

إذا: (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) ، هل في هذا الحديث تنصيص على ضمان أو عدم ضمان؟ يقول العلماء: ليس في الحديث تنصيص وإنما فيه تقدير نحتاج إليه: (**على اليد ما أخذت** حتى ترده) ماذا عليها؟ بعضهم يقول: على اليد حفظها وضمانها، وقيل: على اليد أداؤها، وعلى كلا الوجهين جاءت الأقوال والمذاهب في الضمان وفي الأداء وعدم الضمان، وكل له وجهة، وتحقيق المناط هنا في الأداء أو الضمان ما لم يوجد تعد أو إفراط، فإذا تلفت في إفراط أو تعد فيكون بالإجماع ضامن، وأما إذا تلفت في عين ما استعيرت له فهنا جاء الخلاف: فإذا استعار دابة ليركبها فذهب وحمل عليها الحطب فتلفت، فهو بهذا قد تعدى، وإذا استعارها ليركبها من المدينة إلى قباء فذهب وحملها خشب من البيت إلى قباء، فهو بهذا قد

استعملها في غير ما استعارها له.

فهو بحمل الخشب عليها قد تعدى، فإن تلفت تحت الخشب فهو ضامن باتفاق، وكذلك إذا تلفت بتفريط، فإذا استعارها ثلاثة أو أربعة أيام ليركبها، ولما وصل إلى البيت لم يعطها ماء ولا علفا فتلفت فهذا فيه تفريط.

وإذا استعرت سيارة ومشيت بها من غير زيت، ولا ماء، ولا كشفت على كذا ولا على كذا، ومشيت بها في محلات وعرة فبنشرت الكفرات، وعطلت المكينة، فأنت بهذا قد حصل منك تفريط في عدم النظر فيما تحتاج إليه السيارة، وتعد في مشيك بها في طريق غير معبد لا تمشي فيه السيارات، ففي هذه الحالة لا خلاف في ضمانها.

ولكن الخلاف في نقطة واحدة والبحث محصورا عليها وهي: فيما لو استعارها ليركبها فركبها وفي أثناء الطريق قبل أن يصل إلى الغاية التي استعارها من أجلها وسماها لصاحبها تلفت تحته، فهنا يأتي الخلاف، ولكن إن استعارها للفريش فقال له: أعطني دابتك، أو أعطني سيارتك أتوصل عليها للفريش -منطقة- وآتي، فلما وصل تعداها إلى المساجيد -منطقة- والذي سافر على الجمال يعرف المساجيد، أو الطريق الأول قبل طريق الهجرة.

استعارها لمكان معين ولكنه تجاوز المكان، فتلفت في حدود المجاوزة، فهو ضامن، ضامن الأجرة؛ لأن صاحبها لم يأذن له في تلك الزيادة، وضامن عينها إن تلفت في تلك الزيادة؛ لأنها تلفت بسبب التعدي.

إذا: أهم مباحث العارية أولا: الندب إليها وتذكر أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وتقول: إنه كان عندها ثوب قطري -نسبة إلى قطر- ثمنه خمسة دراهم وما كانت امرأة تتزين في المدينة إلا استعارته.

الآن يستأجرون من الكويفيرة أو يذهبون إلى المرأة التي تعنى بتهيئة النسوة أو العرائس فعندها أنواع من ثياب العرائس، وبعض الناس لا يقدر أن يشتري بدلة عروسة فيستأجر أو يستعير، وقد كان نساء الأنصار رضي الله تعالى عنهن ربما استعارت المرأة منهن ثوبا لتخرج إلى حاجتها إذا لم يكن عندها ثياب تخرج بها.

والذي يهمنا أن عائشة رضي الله تعالى عنها كانت تعير ثيابا كانت عندها.

إذا: هذا من استباحة المنفعة بغير عوض؛ لأنه مأذون فيه من صاحب العين، وعليه أن يرد العين بعد استيفاء منفعتها، وهذا من أهم المرافق بين المسلمين وتعاطفهم وتعاونهم.." (١)

"الخلاف في معنى الحديث

إذا: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) استدل به من قال: بأن العارية مضمونة، والآخرون ينازعون في الاستدلال بهذا الحديث ويقولون: الحديث محتمل تقديرين: الأول: على اليد حفظ العارية.

والثاني: على اليد ضمان العارية.

فعلى تقدير الحفظ فهو ليس بضامن، وعلى تقدير الضمان فهو ضامن، ولا نزاع فيما لو تلفت بتعد أو تفريط.." (٢)

"من فوائد حديث: (على اليد ما أخذت ...)

ومن فوائد هذا الحديث: أنه إذا كان للعارية مئونة رد فهي على المستعير، فإذا استعرت سيارة من المدينة لتصل بها إلى آبار علي فوصلت، فليس من حقك أن ترجع إلى صاحبها وتقول له: سيارتك في آبار علي اذهب فخذها؛ لأن على اليد ما أخذت حتى تؤديها.

إذا: عودتها من آبار علي إلى صاحبها بالمدينة على المستعير، ولو تلفت هناك أو تعطلت فالمسئول عن إعادتها هو المستعير، ثم ننظر هل هو ضامن للعطل فعليه أن يصلحه أو ليس بضامن، وهكذا إذا استعار شيئا آخر فإن عليه أن يرده من حيث أخذه وأجرة الرد على المستعير.." (٣)

"الأدلة على مشروعية الوديعة

وقالوا: إن الوديعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أولا: الكتاب: فقوله سبحانه: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء:٥٨] والوديعة أمانة.

ثانيا: السنة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) ويدخل فيه الاستعارة والإجارة والوديعة: ثالثا: والإجماع: أجمعت الأمة على ذلك.

وهي مشهورة عبر التاريخ في الجاهلية والإسلام، فأما في الإسلام فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان موضع

---

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٤/٢١٢

(٢) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٥/٢١٢

(٣) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٦/٢١٢

إيداع أهل مكة.

يقولون: ما كان لإنسان شيء يخاف عليه إلا وأودعه عند محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم؛ لأمانته، ولما أراد الهجرة خلف عليا رضي الله تعالى عنه لأمرين: الأمر الأول: التعمية على العدو، بأن المسجى تحت البردة هو محمد صلى الله عليه وسلم عليه وسلم؛ فينتظرونه.

الثاني: الأمانات، فلما أراد الهجرة صلى الله عليه وسلم أودع تلك الودائع عند أم أيمن، وكلف عليا أن يردها لأصحابها بعد أن يخرج؛ لأنه لو ردها قبل الخروج للفت الأنظار إليه، وكان من أهم عوامل نجاح الهجرة الكتمان.

وأما في الجاهلية: ففي قصة السموءل مع امرئ القيس، حينما أتى امرؤ القيس إلى السموءل وأودعه سلاحه، وذهب يجمع رجالا وسلاحا لقتال أعدائه، فشعر أعداؤه بذلك، فجاءوا إلى السموءل لأخذ سلاح امرئ القيس فامتنع، وقال: إنها وديعة وأمانة ولا أخفر الأمانة والوديعة.

وكان محصنا في حصنه، فعجزوا أن يصلوا إليه، فوجدوا ولده خارج الحصن، فهددوه بقتل ولده إن لم يسلم سلاح امرئ القيس فامتنع، وقتل ولده على نظره وعينه ولم يسلم الوديعة والأمانة!." (١)

"غالب مباحث الوديعة اجتهادية

النصوص في أمر الوديعة قليلة، وكل أبحاثها اجتهادية، ومردها إلى هذا الحديث وإلى غيره من العمومات كقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء:٥٨] وحديث: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) فهذه نصوص جانبية يؤتى بها في مباحث الوديعة، في ضمانها وفي ردها إلى صاحبها.." (٢)

"الحنفية، فإن في مذهبهم خلافا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: الغصب لا يتحقق إلا فيما ينقل ويحول؛ لأن إزالة اليد بالنقل، ولا نقل في العقار فإذا غصب عقارا فهلك في يده لا يضمن. وقال محمد: يضمن، وهو قول أبي يوسف الأول وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد؛ لأن الغصب عندهم يتحقق في العقار والخلاف في الغصب لا بالإتلاف.

وبعض مشايخنا قالوا: يتحقق الغصب في العقار أيضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكن لا على وجه يوجب الضمان، والأكثرون على أنه لا يتحقق في العقار أصلا.

---

(١) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ٤/٢٣١

(٢) شرح بلوغ المرام لعطية سالم عطية سالم ١٠/٢٣١

والاستدلال بحديث الباب على ما ذهبوا إليه غير مستقيم؛ لأنه صلى الله عليه وسلم جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة، ولو كان الضمان واجبا لبينه؛ لأن الضمان من أحكام الدنيا، فالحاجة إليه أمس والمذكور جميع جزائه، فمن زاد عليه كان نسخا وذا لا يجوز بالقياس، وإطلاق لفظ «الغصب» عليه لا يدل على تحقق الغصب الموجب للضمان، كما أنه صلى الله عليه وسلم أطلق لفظ «البيع» في قوله: «من باع حرا» [خ¦٢٢٢٧]، والحر لا يباع فكما أنه لا يدل على تحقق البيع الموجب لأحكامه كذلك لا يدل، على أنه جاء في الصحيح بلفظ «أخذ» فقال: ((من أخذ شبرا من الأرض ظلما فإنه يطوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين)) [خ¦٣١٩٨]، فعلم أن المراد من الغصب: الأخذ ظلما لا غصبا موجبا للضمان.

فإن قيل: إن قوله: «**على اليد ما أخذت** حتى ترد»، يدل على ذلك بإطلاقه، والتقييد بالمنقول خلافه.

فالجواب: أنه مجاز؛ لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار؛ لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعا ليده، فافهم.

ومطابقة الحديث للترجمة ظاهرة؛ لأن قوله في الترجمة: «شيئا»، يتناول قدر شبر فما فوقه وما دونه.

فائدة: أروى _ بفتح الهمزة وسكون الراء _ والقصر باسم الحيوان الوحشي المشهور، وفي المثل يقولون إذا دعوا: كعمى الأروى، قال الزبير: كان أهل المدينة إذا دعوا قالوا: أعماه الله كعمى أروى، يريدون هذه القصة، قال: ثم طال العهد فصار أهل الجهل يقولون: كعمى الأروى، يريدون الوحش الذي بالجبل، ويظنونه أعمى شديد العمى، وليس كذلك.

==================". (١)

"وقال أصحابنا الحنفية: العارية أمانة، إن هلكت من غير تعد لم تضمن، وهو قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن شبرمة وإبراهيم، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة بالكوفة. وقال الشافعي: تضمن، وبه قال أحمد، وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق. وقال قتادة وعبد الله بن الحسين العنبري:

[ج ١٢ ص ١٢٨]

---

(١) نجاح القاري لصحيح البخاري ص/٩٥٧٥

إن شرط ضمانها ضمن وإلا فلا. وقال ربيعة: كل العواري مضمونة.

وفي «الروضة»: إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية، أو بفعله بتقصير أم بلا تقصير هذا هو المشهور، وحكي قول: أنها لا تضمن إلا بالتعدي وهو ضعيف، ولو أعار بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط وكانت مضمونة.

وفي «حاوي الحنابلة»: إن شرط نفي ضمانها سقط الضمان، وإن تلف جزؤها باستعماله؛ كحمل منشفة لم يضمن في أصح الوجهين، انتهى.

قال العيني: ولو شرط الضمان في العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه، كذا في «التحفة».

وقال في «خلاصة الفتاوى»: رجل قال لآخر: أعرني ثوبك فإن ضاع فأنا له ضامن قال: لا يضمن، ونقله عن «المنتقى» واحتج الشافعي ومن معه بأحاديث:

منها: حديث أبي أمامة رضي الله عنه أخرجه أبو داود عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع يقول: ((العارية مؤداة، والزعيم غارم)) وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان.

ومنها: حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: لا بل عارية مضمونة)) رواه أبو داود والنسائي.

ومنها: حديث يعلى بن أمية رواه أبو داود والنسائي عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إذا أتتك رسلي فادفع إليهم ثلاثين درعا، فقلت: يا رسول الله، أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ فقال: بل عارية مؤداة)).

ومنها: حديث سمرة رواه الأربعة عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)) وحسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري.." (١)

"صفة الإبراء (حكمه التكليفي) :

١٢ - الإبراء مشروع في الجملة، وتعرض له الأحكام التكليفية الخمسة المعروفة:

فيكون واجبا إذا سبقه استيفاء؛ لأن فيه اعترافا بالبراءة لمستحقها، فهو من باب العدل المأمور به في قوله تعالى: {إن الله يأمر بالعدل} (١) والمؤكد بالحديث: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٢) ومن أمثلته في باب السلم: إذا أحضر المسلم إليه مال السلم الحال لغرض البراءة أجبر المسلم على القبول أو الإبراء.

---

(١) نجاح القاري لصحيح البخاري ص/١٠١٤١

فهذا واجب تخييري. وكذلك الحكم في المفلس فله إجبار الغرماء على أخذ العين إن كانت من جنس حقهم، أو إبرائه. (٣)

وقد يكون حراما، كما لو جاء ضمن عقد باطل، لأن استبقاء الباطل حرام، على ما سيأتي في بطلان الإبراء. وتعرض له الكراهة فيما إذا أبرأ وارثه أو غيره عن أكثر من ثلث ماله وهو في مرض الموت حيث أجازه الورثة، ومستند الكراهة ما في ذلك الإبراء من تضييع ورثته، لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص حين هم بالتصدق بجميع ماله: إنك أن

---

(١) سورة النساء الآية ٥٨

(٢) حديث " **على اليد ما أخذت**. . . " أخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا وأبو داود والترمذي عنه بلفظ " حتى تؤدي " وقد اختلف في سماع الحسن من سمرة. (المقاصد الحسنة ص ٢٩٠ نشر الخانجي بمصر)

(٣) القليوبي ٢ / ٢٥٦، وشرح الروض ٢ / ٢٠١." (١)

"ترتب عليه إتلاف ضمن. أما التلف الذي يقع دون اعتداء ولا إهمال أو تقصير فإنه لا يترتب عليه ضمان.

لكن الشافعية قالوا: إن الأصل في العارية أنها مضمونة في يد المستعير، فلو تلفت بغير استعمال مأذون فيه ضمنها وإن لم يفرط؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (١) وقالوا: الأصح أنه لا يضمن ما ينمحق من الثياب أو ينسحق بالاستعمال. وقيل بالضمان فيهما. وقيل: يضمن المنمحق - أي البالي - دون المنسحق - أي التالف بعض أجزائه -. (٢)

٥٤ - وينبغي أن يلاحظ أن عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود يكون قرضا في الحقيقة، إذ لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك أعيانها وإتلافها. وما دامت في حقيقتها قرضا فإنه يجب رد مثلها، أو قيمتها إن انعدم المثل (٣) . وتفصيل ذلك وبيان المذاهب فيه في مواضعه من اللقطة الوديعة والعارية.

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . " رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم من حديث الحسن عن

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٤٦/١

سمرة، وفي سماع الحسن منه خلاف، وزاد فيه أكثرهم ثم نسي الحسن فقال: هو أمين لا ضمان عليه. قال الترمذي: حديث حسن (فيض القدير ٤ / ٣٢١ ط الأولى مصطفى محمد)

(٢) حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ٣ / ٢٠.

(٣) فتح القدير ٤ / ٤٢٣، ٧ - ٨، ١٠٣.." (١)

"صفته (حكمه التكليفي) :

٤ - الاسترداد من التصرفات الجائزة، وقد يعرض له الوجوب، كما في البيوع الفاسدة، حيث يجب الفسخ، فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها، وإن كانت فائتة ردت قيمتها على البائع بالغة ما بلغت، ورد الثمن على المشتري، وذلك في الجملة، على خلاف تفصيله في مصطلحي: (فساد - وبطلان) لأن الفسخ حق الشرع.

وقد يحرم الاسترداد، كمن أخرج صدقة، فإنه يحرم عليه استردادها؛ لقول عمر: من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ولأن المقصود هو الثواب وقد حصل (١) .

أسباب حق الاسترداد:

للاسترداد أسباب متنوعة منها: الاستحقاق، والتصرفات التي لا تلزم، وفساد العقد. . إلخ وبيان ذلك فيما يأتي:

أولا: الاستحقاق:

٥ - الاستحقاق - بمعناه الأعم - ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير. وهذا التعريف يشمل الغصب والسرقة، فالمغصوب منه والمسروق منه يثبت لهما حق الاسترداد، ويجب على الغاصب والسارق رد المغصوب والمسروق لربه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. (٢)

---

(١) الكافي٢ / ٨٤٠، ١٠٠٨ ط الرياض، والبدائع ٥ / ٢٩٩، ٣٠٥، ٦ / ٢١٦ ط الجمالية، والقواعد لابن رجب ص ٥٣، والمقدمات الممهدات ٢ / ٢١٦، والمغني ٥ / ٦٨٤ ط الرياض، والهداية ٣ / ٢٣١

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣١/١

ط المكتبة الإسلامية.

(٢) حديث: " على اليد. . . " أخرجه ابن ماجه (٢ / ٨٠٢ ط عيسى الحلبي) والترمذي (تحفة الأحوذي ٤ / ٤٨٢ - نشر السلفية) وأعله ابن حجر بالاختلاف في سماع الحسن من سمرة راوي هذا الحديث. (التلخيص٣ / ٥٣ ط الشركة الفنية)." (١)

"وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى ترد. وقوله: من وجد ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به. (١)

ورد العين هو الواجب الأصلي (إلا ما جاء في القرض من أنه لا يجب رد العين، ولو كانت قائمة، وإن كان ذلك جائزا) على ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية، وفي ظاهر الرواية عند الحنفية، وفي قول للشافعية (٢)

.

هذا إذا كانت العين قائمة بعينها دون حدوث تغيير فيها، لكنها قد تتغير بزيادة، أو نقص، أو تغيير صورة، فهل يؤثر ذلك على استرداد العين؟

أورد الفقهاء في ذلك صورا كثيرة، وفروعا متعددة، وأهم ما ورد فيه ذلك: البيع الفاسد، والغصب والهبة. ونورد فيما يلي بعض القواعد الكلية التي يندرج تحتها كثير من الفروع والمسائل.

أولا: بالنسبة للبيع الفاسد والغصب:

٢٠ - يتشابه الحكم في البيع الفاسد والغصب، حيث إن البيع الفاسد يجب فيه الفسخ والرد حقا للشرع، وكذلك المغصوب يجب رده، وبيان ذلك فيما يلي:

---

(١) حديث " من جد ماله بعينه. . . " أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده بهذا اللفظ (٢ / ٤٧٤ ط الميمنية) والبخاري بلفظ مقارب (فتح الباري ٥ / ٩٢ ط السلفية) .

(٢) البدائع ٧ / ٨٣، ٨٩، ١٤٨، ٥ / ١٢٧،٢١٠،٣٠٠، ٦ / ٢١٦، ومنتهى الإرادات ٢ / ١٨٨، ١٩٣، ٢٢٣، ٢٢٧، ٣٩٧، ٤٠١، ٤٥٥، ومغني المحتاج ٢ / ٤٠، ٥٦، ٦٧، ٩٧، ٩٩، ١٤٨،

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٨٣/٣

٣١٩، والدسوقي ٣ / ٧١، وجواهر الإكليل ٢ / ٩٤، ١٤٤، ١٤٦، ١٤٨، والحطاب ٥ / ٤٠٩ والكافي ٢ / ٨٤٠، ١٠٨٦." [1]

"المغل ضمان (١) والمغل هو الخائن. ولأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس هنا شيء من ذلك. أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على الاختلاف. وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع بطريق التعدي، وما هنا ليس كذلك، لكونه مأذونا فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه.

واستدل الشافعية والحنابلة بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة (٢) وبقوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي. (٣) ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه العموم.

واستدل المالكية في التفرقة بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن بحمل أحاديث الضمان، على ما يمكن إخفاؤه، والأحاديث الأخرى على ما لا يمكن

---

(١) حديث: " ليس على المستعير غير المغل ضمان " أخرجه الدارقطني (٣ / ٤١ - ط دار المحاسن) وفي إسناده عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان، قال عنهما الدارقطني: ضعيفان، وقال: إنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

(٢) حديث: " بل عارية مضمونة " سبق تخريجه (ف ٥) .

(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه الترمذي (تحفة الأحوذي ٤ / ٤٨٢، ٤٨٣ نشر السلفية) وأبو داود (٣ / ٨٢٢ - ط عزت عبيد دعاس) من حديث سمرة رضي الله عنه، وقال

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣/٢٩٠

الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، قال المباركفوري: وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور.." (١)

"إخفاؤه. (١)

ثم قال الحنفية: إن الإتلاف يكون حقيقة، ويكون معنى. فالإتلاف حقيقة بإتلاف العين، كعطب الدابة بتحميلها ما لا يحمله مثلها، أو استعمالها فيما لا يستعمل مثلها فيه، والإتلاف معنى بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، أو بجحود الإعارة أو بترك الحفظ، أو بمخالفة الشروط في استعمالها، فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لأنها واجبة الرد في هاتين الحالتين، لقوله عليه الصلاة والسلام: العارية مؤداة (٢) وقوله عليه الصلاة والسلام **على اليد ما أخذت** حتى ترده. (٣) ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب. والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

ولم ينص المالكية على المراد بالهلاك عندهم، ولكن يفهم من كلامهم السابق في إعارة الدواب أن المراد به تلف العين. قالوا: وإن ادعى المستعير أن الهلاك أو الضياع ليس بسبب تعديه أو تفريطه في الحفظ فهو مصدق في ذلك بيمينه، إلا أن تقوم بينة أو قرينة على كذبه، وسواء في ذلك ما يغاب عليه وما لا يغاب. (٤)

---

(١) العناية شرح الهداية ٧ / ٤٦٩، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥ / ٨٥، والشرح الكبير ٣ / ٤٣٦، وبداية المجتهد ٢ / ٣٤٢، وأسنى المطالب ٢ / ٣٢٨، والمغني ٥ / ٢٢١.

(٢) حديث " العارية مؤداة " سبق تخريجه (فقرة ٥) .

(٣) حديث " **على اليد ما أخذت**. . " سبق تخريجه بهذا المعنى آنفا.

(٤) البدائع ٨ / ٣٩٠٦ - ٣٩٠٧ ط الإمام، والشرح الصغير ٣ / ٥٧٤.." (٢)

"المواق، وقد عكس عبد الباقي الزرقاني (١) .

مئونة رد العارية:

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٨٩/٥

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٩٠/٥

٢١ – فقهاء المذاهب الثلاثة، وهو الأظهر عند المالكية على أن مئونة رد العارية على المستعير، لخبر **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) ، ولأن الإعارة مكرمة فلو لم تجعل المئونة على المستعير لامتنع الناس منها. وهذا تطبيق لقاعدة "كل ما كان مضمون العين فهو مضمون الرد ".

وعلى المستعير ردها إلى الموضع الذي أخذها منه، إلا أن يتفقا على ردها إلى مكان غيره، لأن ما لزم رده وجب رده إلى موضعه كالمغصوب (٣) .

ما يبرأ به المستعير:

٢٢ – لا خلاف بين الفقهاء في أن المستعير لو رد الدابة إلى مالكها أو وكيله في قبضها فإنه يبرأ منها. أما إن ردها بواسطة آخرين وإلى غير المالك والوكيل ففي ذلك خلاف وتفصيل: قال الحنفية في الاستحسان والمالكية: إن رد المستعير الدابة مع خادمه أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه إن عطبت، لأن يد من هو في عياله

---

(١) لا يخفى أن هذا الخلاف محله الحيوان الذي يهلك إن لم ينفق عليه. أما إعارة الأشياء التي لا تتلف بعدم الإنفاق عليها، وإنما يتوقف على الإنفاق التمكن من منافعها فذلك على المستعير إن شاء أن ينتفع بها، وإلا ردها (اللجنة) . وانظر أسنى المطالب ٢ / ٣٢٩، والشرح الكبير ٣ / ٤٤١، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٠٦.

(٢) حديث " **على اليد ما أخذت**. . . " سبق تخريجه (ف ١٥) .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠٥، والشرح الكبير ٤ / ٤٤١، والزرقاني ٦ / ١٣٦، ومغني المحتاج ٥ / ١٢٤، والمغني ٥ / ٢٢٤.." [1]

"وأثر هذا الخلاف يظهر في قول الزوج لغير المدخول بها، أو للمدخول بها، إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار، أي مع تقديم الشرط أو تأخيره (١) .

وتفصيله في الملحق الأصولي ومصطلح: (طلاق) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٩٣/٥

ثانيا: مواضعه عند الفقهاء:

ذكر الفقهاء التراخي وما يترتب عليه في عدد من العقود والتصرفات، توجز فيما يلي:

أ - التراخي في رد المغصوب:

٧ - صرح الشافعية والحنابلة بوجوب رد المغصوب فورا من غير تراخ، إن لم يكن للغاصب عذر في التراخي، كخوفه على نفسه، أو ما بيده من مغصوب وغيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٢) ولأنه يأثم باستدامته تحت يده لحيلولته بينه وبين صاحبه،

---

(١) أصول السرخسي ١ / ٢٠٩، ٢١٠ ط دار الكتاب العربي حيدر آباد، والتلويح على التوضيح ١ / ١٠٤ - ١٠٥ ط صبيح، ومسلم الثبوت ١ / ٢٣٤ - ٢٣٦ ط الأولى بولاق، وانظر ما ذكره الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام ١ / ٦٩ ط المكتب الإسلامي.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. . . " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ - ط عزت عبيد دعاس) وأعله ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية) .." (١)

"والتعويض، والحبس وما إلى ذلك، كما سيتبين.

التعدي على الأموال:

التعدي بالغصب والإتلاف والسرقة والاختلاس:

٣ - من تعدى على مال غيره فغصبه، أو أتلف مالا غير مأذون في إتلافه شرعا أو سرقه أو اختلسه - ترتب عليه حكمان:

أحدهما أخروي. وهو: الإثم، لقوله تعالى: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل} (١) وقوله صلى الله عليه وسلم: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه. (٢)

والآخر دنيوي: وهو الحد أو التعزير مع وجوب الضمان عليه، لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما**

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٥٣/١١

أخذت حتى تؤديه (٣) ولما روى عبد الله بن

---

(١) سورة البقرة / ١٨٨.

(٢) حديث: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه " أخرجه الدارقطني (٣ / ٢٦ – ط دار المحاسن) من حديث أبي حرة الرقاشي وفي إسناده مقال. وقد أورد ابن حجر في التلخيص شواهد تقويه. (التلخيص ٣ / ٤٦ – ٤٧ – ط شركة الطباعة الفنية) .

(٣) حديث: " على اليد م أخذت حتى تؤديه " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ – تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث سمرة بن جندب وأعله ابن حجر في التلخيص بالاختلاف في سماع الحسن عن سمرة. (التلخيص ٣ / ٥٣ – ط شركة الطباعة الفنية) .." [1]

"وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن الرهن أمانة في يد المرتهن، وأنه لا ضمان عليه إن هلك بيده، إلا إذا تعدى عليه، أو فرط في حفظه.

وعلى هذا: فالفقهاء متفقون على أن المرتهن ضامن للرهن بتعديه عليه أو تفريطه في حفظه.

ثالثا: التعدي في العارية:

٨ – اتفق الفقهاء: على أن العارية مضمونة بالتعدي والتفريط من المستعير، لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١)

أما إذا هلكت بلا تعد ولا تفريط، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

فذهب الحنفية والمالكية: إلى أن العارية إن هلكت من غير تعد ولا تفريط منه فلا ضمان عليه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ليس على المستعير غير المغل ضمان، (٢) ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، وهو: قول الحسن

---

(١) حديث: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " تقدم تخريجه ف / ٣.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٤/١٢

(٢) حديث: " ليس على المستعير غير المغل ضمان " أخرجه الدارقطني (٣ / ٤١ - ط دار المحاسن) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وأعله براويين ضعيفين في إسناده.." [١]

"والنخعي، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز، والثوري. والأوزاعي، وابن شبرمة.

وزاد المالكية في تضمين المستعير: ما إذا لم يظهر سبب هلاك العارية، وكانت مما يغاب عليه، فإن قامت بينة على تلفها أو ضياعها بدون سببه فلا ضمان عليه.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن العارية مضمونة مطلقا، تعدى المستعير، أو لم يتعد، لحديث سمرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه، (١) وعن صفوان: أنه صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة. (٢) وهو: قول عطاء، وإسحاق، وأشهب من المالكية، وروي عن ابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم. (٣)

رابعا: التعدي في الوكالة:

٩ - اتفق الفقهاء: على أن الوكيل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " تقدم تخريجه ف / ٣.

(٢) حديث: " بل عارية مضمونة " أخرجه أحمد (٣ / ٤٠١ - ط الميمنية) وحسنه ابن حزم في المحلى (٩ / ١٧٣ - ط المنيرية) .

(٣) ابن عابدين ٤ / ٥٠٣، وحاشية الدسوقي ٣ / ٤٣٦، والقوانين الفقهية ص ٣٧٨، ومغني المحتاج ٢ / ٢٦٧، وكشاف القناع ٤ / ٧٠، والمغني ٥ / ٢٢٠.." [٢]

"المتاع بتعد أو تفريط فإنه يضمن. واختلفوا فيما إذا تلف بغير تعد منه أو تفريط.

فذهب الشافعية وأبو حنيفة وزفر إلى أن يده يد أمانة فلا يضمن ما تلف، لأن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي، لقوله عز وجل {فلا عدوان إلا على الظالمين} (١) ولم يوجد التعدي من الأجير لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لا يجب الضمان على المودع.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٦/١٢

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٦/١٢

قال الربيع: اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان على الأجير، وإن القاضي يقضي بعلمه، وكان لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء.

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه مضمون عليه بالتلف، إلا في حرق غالب، أو غرق غالب، أو لصوص مكابرين، فروي عن محمد بن الحسن أنه لو احترق محل الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير، لأن هذا ليس بحريق غالب، وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به، لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر.

واحتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) . وروي

---

(١) سورة البقرة / ١٩٣.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ – تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث سمرة بن جندب، وأعله ابن حجر بالاختلاف في سماع الحسن (الراوي عن سمرة) من سمرة. التلخيص (٣ / ٥٣ – ط شركة الطباعة الفنية) .." [1]

"ثالثا: التلف في عقود الأمانات وما في معناها:

٢١ – الأصل في عقود الأمانات كالوديعة أن ما تلف فيها من الأعيان يكون تلفه على صاحبه وليس على من كانت في يده شيء إن لم يتعد أو يفرط فيها، لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان (١) ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أودع وديعة فلا ضمان عليه (٢) ولحاجة الناس إلى تلك العقود وفي إيجاب الضمان عليهم تنفير عنها.

واستثنى الشافعية والحنابلة من تلك العقود العارية، فقالوا بضمانها مطلقا إن تلفت عند المستعير فرط أم لم يفرط، لحديث سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) . وعن صفوان أنه صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا ولم يكن قد أسلم بعد فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة (٤)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٧٨/١٣

(١) حديث: " ليس على المستعير غير المغل ضمان. . . " أخرجه الدارقطني (٣ / ٤١ - ط دار المحاسن) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وضعفه الدارقطني بضعف راويين في إسناده.
(٢) حديث: " من أودع وديعة فلا ضمان عليه " أخرجه ابن ماجه (٢ / ٨٠٢ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمرو، وقال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف.
(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " سبق تخريجه ف ٢٠.
(٤) حديث صفوان: " أنه صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا "، أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٣ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والبيهقي (٦ / ٨٩ - ط دائرة المعارف العثمانية) ، وقواه البيهقي لطرقه.." (١)

"رد المغصوب ويلزمه ضمانه بالتلف أو الإتلاف لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (١) فإن تعيب بسماوي يخير المالك بين أخذ المغصوب بلا أرش لعيبه وتركه وأخذ قيمته منه يوم غصبه بلا فرق بين قليل العيب وكثيره عند المالكية (٢) .

أثر الجائحة في الوديعة:

١٣ - الأصل أن الوديعة إذا تلفت بأمر سماوي فلا يضمنها المودع لأن يده يد أمانة فلا يضمن إلا بتعداد تفريط، وانظر للتفاصيل مصطلح (وديعة) .

أثر الجائحة في الصداق:

١٤ - ذكر الحنفية أن المهر المعين إذا تلف بآفة سماوية في يد الزوج فإن للمرأة الخيار بين أن تأخذه على حاله أو تضمنه قيمته يوم العقد غير

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث سمرة بن جندب، وأعله ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣ ط شركة الطباعة الفنية) بالاختلاف في سماع الحسن البصري من سمرة.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٧٩/١٣

(٢) فتح القدير ٧ / ٣٦٦ ط الأميرية، جواهر الإكليل ٢ / ١٥١ ط. المعرفة، حاشية القليوبي ٣ / ٢٨ ط، والحلبي، كشاف القناع ٤ / ١٠٦ وما بعدها ط النصر، ومصطلح (غصب) .." [١]

"الغاصب لم يضمنه بإجماعهم.

ولو دبغ الغاصب الجلد بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء، ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا، وقيل طاهرا غير مدبوغ.

وقال المالكية: من غصب جلد ميتة فعليه قيمته دبغ أم لم يدبغ.

وقال الشافعية - في الأصح الذي نقله النووي وغيره - لو أخذ جلد ميتة فدبغه طهر وإن كان مالكه رفع يده عنه ثم أخذه الدابغ فهو للدابغ، وإن كان غصبه فهو للمغصوب منه؛ لأنه فرع ملكه، فإن تلف في يد الغاصب ضمنه، ولو أعرض المالك عنه وهو ممن يعتد بإعراضه ملكه آخذه، وإذا لم يعرض عنه لزم الغاصب رده، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (١) لأنه منتفع به، ولو أتلف جلدا لم يدبغ، فادعى مالكه تذكيته والمتلف عدمها، صدق المتلف بيمينه لأن الأصل عدم التذكية.

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ ط عزت عبيد الدعاس) والترمذي (٣ / ٥٥٦ ط مصطفى الحلبي) ، وابن ماجه (٢ / ٨٠٢ ط عيسى الحلبي) واللفظ له من حديث سمرة بن جندب، وقد رواه عنه الحسن. قال ابن حجر: " والحسن مختلف في سماعه من سمرة " تلخيص الحبير ٣ / ٥٣ ط شركة الطباعة الفنية. ومثله قال العجلوني في كشف الخفاء (٢ / ٩٠ ط مؤسسة الرسالة) .." [٢]

"وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: اتركوهم وما يدينون (١) وهم يدينون بمالية الخنزير وهو من أنفس الأموال عندهم لأنه كالشاة عندنا. وقال صلى الله عليه وسلم: إذا قبلوها يعني الجزية أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين (٢) وللمسلمين التضمين بإتلاف ما يعتقدونه مالا فكذا يكون الذمي، بخلاف المسلم لأنه ليس مالا في حقه أصلا. (٣)

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا غصب مسلم لأهل الذمة خنزيرا رد إليهم لعموم قوله صلى الله عليه

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٧٤/١٥

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٥٩/١٥

وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٤) فإذا أتلفه لم يضمنه لأنه غير متقوم كسائر

---

(١) حديث: " اتركوهم وما يدينون ". أورده صاحب فتح القدير (٨ / ٢٨٥ - نشر دار إحياء التراث العربي) ولم يعزه إلى أحد، ولم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة بين أيدينا.

(٢) حديث: " إذا قبلوها - يعني الجزية - فأعلمهم أنه لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ".، أورده الزيلعي في نصب الراية (٣ / ٥٥ -. ط المجلس العلمي) ، وقال: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف، وقال ابن حجر في الدراية (٢ / ١٦٢. ط الفجالة) " لم أجده هكذا ".

(٣) الاختيار ٣ / ٦٥، فتح القدير ٨ / ٢٨٥، ٢٨٦، والشرح الصغير ٤ / ٤٧٤.

(٤) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه. . . " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣ -. ط شركة الطباعة الفنية) : (الحسن مختلف في سماعه من سمرة) .." (١)

"الغرماء (١) ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة فأشبه ما لو باعه. (٢) وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: (تركة) .

٦ - الرجوع بسبب الاستحقاق:

١٩ - الاستحقاق - بمعناه الأعم - ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير، والاستحقاق يرد في الغصب والسرقة، فالمغصوب منه والمسروق منه يثبت لهما حق الرجوع على الغاصب والسارق ويجب على الغاصب والسارق رد المغصوب والمسروق لربه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) .

ويشمل كذلك استحقاق المبيع على المشتري، أو الموهوب على المتهب، فيتبين فساد العقد في الأصح عند الشافعية والحنابلة، ويتوقف نفاذ العقد على الإجازة عند الحنفية والمالكية، ويثبت للمشتري في الجملة حق

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٧/٢٠

(١) حديث: " أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء " أخرجه مالك في الموطأ (٢ / ٦٧٨ – ط الحلبي) من حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مرسلا

(٢) البدائع ٥ / ٢٥٢، ومنح الجليل ٣ / ١٤٨، والمهذب ١ / ٣٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٨٠.

(٣) حديث: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧ – ط الحلبي) من حديث الحسن بن سمرة، وأعله ابن حجر بقوله: " الحسن مختلف بسماعه من سمرة "كذا في التلخيص الحبير (٣ / ٥٣ – ط شركة الطباعة الفنية) .." [1]

"مستحقا للغير وجب رد الشيء إلى مستحقه، سواء كان ذلك في العقود كالبيع والهبة، أو في الجنايات كالغصب والسرقة لقوله صلى الله عليه وسلم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) .

وقد سبق تفصيل ذلك في مصطلح: (استحقاق ج ٣ ٢١٩) ، ومصطلح: (استرداد) (ف ٥ ح ٣ ٢٨٣) .

٤ – ب – فسخ العقود غير اللازمة: سواء كان عدم لزومها عائدا إلى طبيعتها، كالوديعة والشركة، أو إلى دخول الخيار – بأنواعه – عليها كالبيع والإجارة، وحينئذ يكون لكلا الطرفين، أو لمن ثبت له الخيار الفسخ، ويرد كل ما في يده إلى صاحبه (٢) .

٥ – ج – بطلان العقد: فإذا ظهر أن العقد باطل وجب على كل من المتعاقدين رد ما أخذه من الآخر وذلك لأن العقد الباطل لا وجود له شرعا، ولا ينتج أي أثر.

والعقد الفاسد عند الحنفية مستحق للفسخ حقا لله تعالى، وهو يفيد الملك بالقبض، إلا أنه

---

(١) حديث: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " أخرجه أبو داود ٣ / ٨٢٢ – تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث الحسن بن سمرة، وأعله ابن حجر بقوله: " الحسن مختلف في سماعه من سمرة "كذا في التلخيص الحبير (٣ / ٥٣ – ط شركة الطباعة الفنية) .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية ٣ / ٢٨٣ ف ٦، ٧." [2]

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٣٧/٢٢

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٧٥/٢٢

"الله تعالى: {فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون (١) } .

وتفصيل ذلك في مصطلح: (شهادة) .

رد اليمين:

١٥ - إذا وجبت اليمين على المدعى عليه فامتنع، وحكم القاضي بأنه ناكل، فقد اختلف الفقهاء فذهب بعضهم إلى أن القاضي يحكم بالحق بالنكول، وذهب آخرون إلى أنه يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف حكم له (٢) .

وتفصيل ذلك في مصطلح: (قضاء، إثبات، وأيمان، ونكول) .

رد مال الغير:

١٦ - لا خلاف بين الفقهاء في أن من أخذ مال الغير بطريق غير شرعي كالغصب فإنه يجب عليه رده إلى صاحبه فورا؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) ولأن

---

(١) سورة النور / ١٣.

(٢) أدب القضاء ص ٢١٨ وما بعدها، ٢٢٣، دار الفكر الطبعة الثانية ١٩٨٢م، تبصرة الحكام ١ / ١٥٤ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، حاشية الجمل ٥ / ٤٢٥، دار إحياء التراث العربي، ونيل المآرب ٢ / ٦٤٥، والمغني ٩ / ٢٣٥، والبدائع ٦ / ٢٣٠.

(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . " سبق تخريجه ف / ٣.." (١)

"المستعير (١) لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) .

وذهب الفقهاء أيضا إلى أن مؤنة رد المغصوب على الغاصب للحديث المتقدم، ولقوله صلى الله عليه وسلم: لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا أو جادا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليرددها عليه (٣) ولأن المؤنة من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية (٤) .

وتفصيل ذلك في مصطلح: (مؤنة)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٧٨/٢٢

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠٥ ط دار إحياء التراث العربي، مواهب الجليل ٥ / ٢٧٣ ط دار الفكر الطبعة الثانية ١٩٧٨ م، قليوبي وعميرة ٣ / ٢٠ ط عيسى البابي الحلبي، كشاف القناع ٤ / ٧٣ ط عالم الكتب ١٩٨٣ م.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " سبق تخريجه ف / ٣.

(٣) حديث: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه. . . " أخرجه أحمد (٤ / ٢٢١ - ط الميمنية) من حديث يزيد بن السائب، وحسنه البيهقي كما في التلخيص الحبير (٣ / ٤٦ - ط شركة الطباعة الفنية) .

(٤) بدائع الصنائع ٧ / ١٤٨ دار الكتاب العربي ١٩٨٢ م، البهجة في شرح التحفة ٢ / ٣٤٥ ط مصطفى البابي الحلبي ١٩٥١م، الطبعة الثانية، نهاية المحتاج ٥ / ١٠٥ ط مصطفى البابي الحلبي ١٩٦٧ م، كشاف القناع ٤ / ٧٨ ط عالم الكتب ١٩٨٣ م.." (١)

"الاستيلاء على مال الغير بغير حق، وهو محرم لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} (١)

. ويجب على الغاصب رد المغصوب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي . (٢)

كما أن غلة المغصوب من ثمر نخل أو شجر، أو تناسل حيوان أو صوف جز، أو لبن حلب يجب رد ذلك كله مع المغصوب، فإن أكله الغاصب أو تلف منه شيء عنده ضمنه، لأنه نماء ملك المغصوب منه فكان على الغاصب رده إن كان باقيا، وبدله إن كان تالفا. وهذا عند الجمهور (الشافعية والحنابلة وهو المشهور عند المالكية) .

وعند الحنفية: زوائد الغصب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالمنع بعد الطلب. وهذا في الجملة. (٣) وينظر تفصيل ذلك في (غصب) .

---

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) حديث: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٨٠/٢٢

من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر: " الحسن مختلف في سماعه من سمرة ". التلخيص (٣ / ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية) .
(٣) الاختيار ٣ / ٥٩، ٦٤، والهداية ٤ / ١٩، والشرح الصغير ٢ / ٢١٤ ط الحلبي، والدسوقي ٣ / ٤٤٨، والمهذب ١ / ٣٧٧، والمغني ٥ / ٢٥٦، ٢٦٠، ومنتهى الإرادات ٢ / ٤٠٥ - ٤٠٦.." (١)
"القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء (١) .

التعزير:

٧٨ - تجوز العقوبة بالتعزير على كل سرقة لم تكتمل أركانها، أو لم تستوف شروطها؛ لعدم وجوب الحد فيها. وعلى كل سرقة درء الحد فيها لوجود شبهة. وكذلك تجوز العقوبة بالتعزير على السرقة التي سقط فيها القطع، على التفصيل الذي سبق بيانه (٢) .

الضمان:

٧٩ - لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق إن كان قائما، إلى من سرق منه، سواء كان السارق موسرا أو معسرا، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره، وذلك لما روي من أن الرسول صلى الله عليه وسلم رد على صفوان رداءه، وقطع سارقه، وقد قال صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى

---

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٨٩، المبسوط ٩ / ١٧٦، فتح القدير ٤ / ١٦٤، تبصرة الحكام ٢ / ٣٥٢، مغني المحتاج ٤ / ١٥١، المغني والشرح الكبير ١٠ / ٢٠٥ - ٢٠٦.
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٦، معالم السنن ٣ / ٣١٣، المغني ١٠ / ٢٧١، وانظر مصطلح: (تعزير) .." (٢)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢١٠/٢٣
(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٤٥/٢٤

"تؤدي (١) ، ولا خلاف بينهم كذلك في وجوب ضمان المسروق إذا تلف، ولم يقم الحد على السارق، لسبب يمنع القطع، كأخذ المال من غير حرز، أو كان دون النصاب، أو قامت شبهة تدرأ الحد، أو نحو ذلك، وحينئذ يجب على السارق أن يرد مثل المسروق - إن كان مثليا - وقيمته إن كان قيميا (٢) .

٨٠ - ولكنهم اختلفوا في وجوب الضمان، إذا تلف المسروق وقد قطع فيه سارقه، على ثلاثة أقوال:

الأول: عدم وجوب الضمان مطلقا، سواء تلف المسروق بهلاك أو باستهلاك، وهذا هو المشهور عند الحنفية، وبه قال عطاء، وابن سيرين، والشعبي، ومكحول، وغيرهم (٣) .

لقوله تعالى: {والسارق والسارقة فاقطعوا

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي. ". أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية) : والحسن مختلف في سماعه من سمرة.

(٢) المبسوط ٩ / ١٥٦، بداية المجتهد ٢ / ٤٤٢، أسنى المطالب ٤ / ١٥٢، المغني والشرح الكبير ١٠ / ٢٧٩، البيهقي ٨ / ٢٧٧.

(٣) بدائع الصنائع ٧ / ٨٤ - ٨٥، فتح القدير ٥ / ٤١٣، أحكام القرآن للجصاص ٤ / ٨٤، بداية المجتهد ٢ / ٤٤٢.." (١)

"تجتمع عليه عقوبتان: قطع يده وإتباع ذمته (١) .

والثالث: ذهب الشافعية والحنابلة، والنخعي، وحماد، والبتي والليث، وبه قال الحسن البصري، والزهري، والأوزاعي، وابن شبرمة، وإسحاق (٢) إلى وجوب الضمان مطلقا، سواء كان السارق موسرا أو معسرا، وسواء تلف المسروق بهلاك أو استهلاك، وسواء أقيم الحد على السارق أو لم يقم، فالقطع والضمان يجتمعان؛ لأن القطع لحق الله تعالى، والضمان لحق العبد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٤٦/٢٤

أما وقت تقدير القيمة – إذا حكم بضمان المسروق – فيرجع إليه في مصطلح: (ضمان) .

سرقين

انظر: زبل.

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٤٤٢، تبصرة الحكام ٢ / ٣٥٣، شرح الزرقاني ٨ / ١٠٧ – ١٠٨، القوانين الفقهية ص ٣٦١.

(٢) القليوبي وعميرة ٤ / ١٩٨، المهذب ٢ / ٢٨٤، كشاف القناع ٦ / ١٤٩، المغني والشرح الكبير ١٠ / ٢٧٩، الجامع لأحكام القرآن ٦ / ١٦٥، أحكام القرآن لابن العربي ٢ / ٦٠٩.

(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . " سبق تخريجه ف ٧٩.." (١)

"قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (١) أي ضمانه.

د – وفيما يتصل بالجنايات – بوجه عام ونحوها قوله تعالى: {وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به} (٢)
.

هـ – وفيما يتصل بجنايات البهائم: حديث البراء بن عازب أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها (٣) .

وحديث النعمان بن بشير، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن (٤) .

وقد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال

---

(١) حديث سمرة بن جندب: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) وأشار ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) إلى إعلاله.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٤٧/٢٤

(٢) سورة النحل / ١٢٦.

(٣) حديث البراء بن عازب " أنه كانت له ناقة ضارية. . . ". أخرجه أحمد (٤ / ٢٩٥) والحاكم (٢ / ٤٨) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٤) حديث النعمان: " من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين. . . " أخرجه الدارقطني (٣ / ١٧٩) والبيهقي (٨ / ٣٤٤) وضعف البيهقي رجلين في إسناده.." [١]

"مضمونة، سواء أتلفت بآفة سماوية، أم تلفت بفعل المستعير، بتقصير أو بغير تقصير (١) وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة، وإليه ذهب عطاء وإسحاق، واستدلوا: بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية أدرعا، يوم حنين، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة وفي رواية فقال: يا رسول الله، أعارية مؤداة، قال: نعم عارية مؤداة (٢) .

وحديث الحسن عن سمرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) .

ولأنه أخذ ملك غيره، لنفع نفسه، منفردا بنفعه، من غير استحقاق ولا إذن، فكان مضمونا، كالغاصب، والمأخوذ على وجه السوم.

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٣٨٢ (ط: الثانية. دار الكتب الإسلامية. القاهرة: ١٤٠٣ هـ. ١٩٨٣) م. والقوانين الفقهية ص ٢٤٥ وروضة الطالبين ٤ / ٤٣١ والمغني مع الشرح الكبير ٥ / ٣٥٥.

(٢) حديث جابر بن عبد الله: " أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان ابن أمية أدرعا. . . . ". أخرجه الحاكم ٣ / ٤٩، وصححه ووافقه الذهبي، والرواية الأخرى أخرجها أبو داود (٣ / ٨٢٦) من حديث صفوان بن أمية، وقال ابن حزم في المحلي (٩ / ١٧٣) حديث حسن.

(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". تقدم تخريجه ف ٦.." [٢]

"١ - نفقة رد العارية على المستعير، لأنه هو الذي انتفع بها.

٢ - ونفقة رد الوديعة على المودع، لأنه هو الذي استفاد من حفظها.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٢٢/٢٨

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٧/٢٨

٣ – وأجرة كتابة عقد الملكية على المشتري، لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه، وهو المستفيد من ذلك.

القاعدة التاسعة: " لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي (١) ".

٧٩ – هذه القاعدة مأخوذة من حديث: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٢) .

فيحرم أخذ أموال الآخرين بالباطل كالغصب والسرقة ونحوهما.

أحكام الضمان:

أحكام الضمان – بوجه عام – تقسم إلى هذه الأقسام.

١ – ضمان الدماء (الأنفس والجراح) .

٢ – ضمان العقود.

٣ – ضمان الأفعال الضارة بالأموال، كالإتلافات، والغصوب.

وحيث تقدم القول في ضمان العقود في أنواع الضمان ومحله، فنقصر القول على

---

(١) المادة (٨٧) من المجلة.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه ". تقدم تخريجه في ٦.." [١]

"وكلا التعريفين يستهدف إزالة الضرر، وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور، وإعادة حالته المالية إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

طريقة التضمين:

٩١ – القاعدة العامة في تضمين الماليات، هي: مراعاة المثلية التامة بين الضرر، وبين العوض، كلما أمكن، قال السرخسي: " ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص (١) " يشير إلى قوله تعالى: {وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به (٢) } .

والمثل وإن كان به يتحقق العدل، لكن الأصل أن يرد الشيء المالي المعتدى فيه نفسه، كلما أمكن، ما

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٨/٢٦٤

دام قائما موجودا، لم يدخله عيب ينقص من منفعته، وهذا الحديث الحسن، عن سمرة - رضي الله تعالى عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٣) .

بل هذا هو الموجب الأصلي في الغصب، الذي هو أول صور الضرر وأهمها.

فإذا تعذر رد الشيء بعينه، لهلاكه أو استهلاكه أو فقده، وجب حينئذ رد مثله،

---

(١) المبسوط ١١ / ٧٩.

(٢) سورة النحل / ١٢٦.

(٣) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " تقدم تخريجه ف ٦.." [1]

"ب - رد العين المغصوبة:

١٦ - ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على الغاصب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها، (١) لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) وقوله أيضا: لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها (٣) .

وترد العين المغصوبة إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن.

ومؤنة الرد على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ما هو من ضروراته، كما في رد العارية.

قال الكاساني: الأصل أن المالك يصير

---

(١) البدائع ٧ / ١٤٨، والدر المختار ٥ / ١٢٨، وتكملة الفتح ٧ / ٣٦٧، والشرح الصغير ٣ / ٥٨٢ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص٣٢٩، والمهذب ١ / ٣١٧، والميزان للشعراني ٢ / ٨٨، وكشاف القناع ٤ / ٧٨، ط بيروت.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) من حديث سمرة بن جندب يرويه عنه الحسن البصري، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) : الحسن مختلف في سماعه عن سمرة.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٦٩/٢٨

(٣) حديث: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا. . . ". أخرجه أبو داود (٥ / ٢٧٣) والترمذي (٤ / ٤٦٢) من حديث يزيد بن سعيد الكندي، واللفظ لأبي داود، وقال الترمذي: حديث حسن.." [١]

"والجمع بين أخذ القيمة والغلة.

أ - رد أو استرداد عين المغصوب وزوائده وغلته ومنافعه:

١٨ - ذهب الفقهاء إلى أن من حق المغصوب منه أن يرد إليه الغاصب عين ماله الذي غصبه إذا كان باقيا بحاله، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (١) وقوله: لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها (٢) ؛ ولأن رد عين المغصوب هو الموجب الأصلي للغصب؛ ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا برده، والواجب الرد في المكان الذي غصبه؛ لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن. (٣)

وأما زوائد المغصوب ففيه التفصيل الآتي:

ذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". تقدم تخريجه ف / ١٦.

(٢) حديث: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه. . ". تقدم تخريجه ف / ١٦.

(٣) تكملة فتح القدير ٧ / ٣٦٧، والشرح الصغير ٣ / ٥٩٠، والقوانين الفقهية ص ٣٢٩، والمهذب ١ / ٣٦٧، والمغني والشرح الكبير ٥ / ٣٧٤، ٤٢٣.." [٢]

"حقوق العباد، بأن كان مالا وهو قائم، رده على المقضي عليه؛ لأن قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده، لقوله صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (١) ؛ ولأنه عين مال المدعى عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به، وإن كان هالكا فالضمان على المقضي له، ولأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه، ليكون الخراج بالضمان؛ ولأنه إذا عمل له فكأنه هو الذي فعل بنفسه، وإذا كان حقا ليس بمال كالطلاق، بطل لأنه تبين أن قضاءه كان باطلا، وأنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٥/٣١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٣٦/٣١

بخلاف الحدود والمال الهالك؛ لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان.

وأما إن كان من حق الله عز وجل خالصا فضمانه في بيت المال؛ لأنه عمل في الدعوى لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر، فكان خطؤه عليهم ولا يضمن القاضي.

وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به، فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والإتلاف، ويعزر القاضي ويعزل عن

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي. . . " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢) وأعله ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) بالانقطاع.." (١)

"وفي قول عند المالكية تجب القيمة يوم البيع (١) .

ب - المغصوب:

٧ - من غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) ، فإن تلف في يده لزمه بدله؛ لأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، فإن كان المغصوب مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله؛ لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل، قال الله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} ، والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، فأما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة.

ولأن ضمان الغصب ضمان جبر الفائت، ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر.

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ١٢٥، والاختيار ٢ / ٢٣، وحاشية الدسوقي٣ / ٧١ - ٧٢، وجواهر الإكليل ٢ / ٢٧، والمجموع ٩ / ٣٦٤ - ٣٦٥ تحقيق المطيعي، وأسنى المطالب ٢ / ٣٦، والمغني ٤ / ٢٥٣، ومنتهى الإرادات ٢ / ٤١٩.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣١٩/٣٣

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . ". أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) من حديث سمرة بن جندب يرويه عن الحسن البصري، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) : الحسن مختلف في سماعه عن سمرة.." (١)

"**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (١) .

والرد واجب على الفور عند التمكن، ومؤنة الرد تكون على الغاصب، باتفاق الفقهاء في الجملة، وإن عظمت المؤنة في رده كما قالت الشافعية والحنابلة (٢) .

ومن غصب شيئا ونقله إلى بلد أخرى ولقيه المغصوب منه في هذا المكان، والعين في يد الغاصب، فملخص ما قاله الحنفية: أنه إن كان نقل المغصوب يحتاج إلى حمل ومؤنة فالمالك بالخيار إن شاء طالبه بالقيمة، وإن شاء انتظر إلى أن يرده الغاصب إلى مكان الغصب، وإن لم يكن له حمل ومؤنة كما لو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس للمغصوب منه مطالبة الغاصب بالقيمة، وإنما له أخذ عين شيئه (٣) .

وقال المالكية: إن كان المغصوب مثليا فلا يلزم الغاصب إلا مثله في بلد الغصب، وقال أشهب: ويخير المغصوب منه بين أخذه في هذا البلد أو في مكان الغصب، وإذا طلب المغصوب من الغاصب رد المثلي لبلد الغصب

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي ". أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) : الحسن مختلف في سماعه من سمرة.

(٢) البدائع ٧ / ١٤٨، وتكملة فتح القدير ٧ / ٤٧٧ - ٤٧٨، وجواهر الإكليل ٢ / ١٤٨، ومغني المحتاج ٢ / ٢٧٦ - ٢٧٧، وكشاف القناع ٤ / ٧٨ - ٧٩، والمغني ٥ / ٢٨١.

(٣) البدائع ٧ / ١٥٩.." (٢)

"عيب ينقص من منفعته، لما روى سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (١) .

أما إذا لم يكن المغصوب موجودا بحاله أو هلك أو أتلف فإن كان من المثليات فعلى الغاصب رد مثله،

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١٣٥/٣٤

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٠/٣٦

لقوله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، فكان أدفع للضرر كما علله المرغيناني (٢) .

فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته على اختلاف في وقت تقويم القيمة بين الفقهاء.

أما إن كان المغصوب من القيميات فعلى الغاصب قيمته، مع تفصيل في ذلك عند الفقهاء (٣) .

وينظر التفصيل في مصطلحي: (ضمان ٩١؛ ٩٢ غصب ف ١٦) .

---

(١) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . ". أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) من حديث سمرة بن جندب يرويه عنه الحسن البصري وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) الحسن مختلف في سماعه عن سمرة.

(٢) الهداية مع تكملة فتح القدير ٨ / ٢٤٦ وما بعدها.

(٣) الهداية مع تكملة فتح القدير ٨ / ٢٤٦ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص٢١٦، والقليوبي ٢ / ٢٥٩، والمغني مع الشرح الكبير ٥ / ٣٧٦.." [1]

"المقبوض للعارية

٥ - لا خلاف بين الفقهاء في أن المقبوض عارية مضمونة إن تلفت بتعد.

واختلفوا فيما إذا تلفت بلا تعد من المستعير.

وتفصيل ذلك في (إعارة ف ١٥) .

المقبوض على سوم الشراء

٦ - المقبوض على السوم مضمون وإن تلف بلا تعد من القابض (١) لخبر: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي. (٢) وتفصيل ذلك في مصطلح (ضمان ف ٤٠) .

المقبوض على سوم الرهن

٧ - المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين مقدار ما يريد أخذه من الدين ليس بمضمون في الأصح عند الحنفية.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١١٦/٣٦

أما إن بين فيكون مضمونا وصورته: أخذ الرهن بشرط أن يقرضه مبلغا من النقود، فهلك في يده قبل أن يقرضه، ضمن الأقل من قيمته ومما سمى من القرض، لأنه قبضه بسوم الرهن، والمقبوض بسوم الرهن

---

(١) حاشية قليوبي ٢ / ٢١٤، والمغني ٤ / ٣٤٥.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت**. . . " أخرجه الترمذي (٣ / ٥٥٧) وأشار ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣) إلى إعلاله.." [١]

"عقوبة من يتسبب في قطع النسل: ٨ - ذهب الفقهاء إلى أن من اعتدى على إنسان فذهب بذلك إيلاده ونسله؛ ففيه الدية كاملة؛ لأن الإيلاد منفعة مقصودة، وقد فوته (١) والتفصيل في مصطلح (ديات ف ٦٢، ٤٤، ٣٨) .

د - ضمان نسل الحيوان المغصوب: ٩ - الأصل أن من غصب شيئا يجب عليه رده لصاحبه لقول النبي - صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي (٢) ، وذلك الحكم يشمل نسل المغصوب، فمن غصب حيوانا وولد عنده فإنه يجب رد الولد مع أمه للمغصوب منه، ومن غصب شاة فأنزى عليها فحلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من نمائها، أما إن غصب فحلا فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة؛ لأنه يتبع الأم ولا أجرة له للنهي عن عسب الفحل. (٣)

---

(١) البدائع ٧ / ٣١١ - ٣١٢، وجواهر الإكليل ٢ / ٢٦٨، والقليوبي ٤ / ١٤٢، وكشاف القناع ٦ / ٤٨.

(٢) حديث: " **على اليد ما أخذت** حتى تؤدي " أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٢ ط حمص) والترمذي (٣ / ٥٥٧ ط الحلبي) من حديث سمرة - رضي الله عنه، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية) : الحسن مختلف في سماعه من سمرة.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٥٢/٣٨

(٣) المغني ٥ / ٢٦٠، ٢٦٥، والفواكه الدواني ٢ / ٢٤٥، وروضة الطالبين ٥ / ٢٧، وتكملة فتح القدير ٨ / ٢٧٤، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٣٢، وحاشية ابن عابدين ٥ / ١٢٩.." (١)

"القاعدة السادسة والخمسون

٥٦ – إذا تعذر معرفة صاحب الحق نزل منزلة المعدوم

اعلم – رحمك الله تعالى – أن الواجب هو أداء الحقوق إلى أصحابها إذا عرفوا ولا يجوز منع أصحابها منها بغصب أو مماطلة ونحو ذلك، بل إذا عرف صاحب الحق فهو أحق به من غيره، سواء كان صاحب الحق فردا أو جهة معينة؛ لأن هذا من أداء الأمانات وقد قال الله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} وهو نص عام في جميع الأمانات الواجبة على الإنسان من حقوق الله عز وجل على عباده من الصلاة والزكاة والصيام والكفارات والنذور وغير ذلك مما هو مؤتمن عليه لا يطلع عليه العباد، وكذلك حقوق العباد بعضهم على بعض كالودائع وغيرها، وعن سمرة بن جندب – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم، وعن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك) رواه أبو داود والترمذي وحسنه وصححه الحاكم، وعنه – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله) رواه البخاري، وقال الله تعالى: {فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه} فالقاعدة العامة في الشريعة هو أن الإنسان يجب عليه أداء الحقوق إلى أصحابها، لكن هذا إذا كان أصحابها معروفين، أما إذا كانوا لا يعرفون وليس إلى معرفتهم سبيل أو علمناهم ولكن جهلناهم، فما العمل حينئذ في هذا الحق؟ هذا هو ما تقرره هذه القاعدة وهو أن صاحب الحق إذا جهل فإنه ينزل منزلة المعدوم أي كأنه لم يوجد، والمعدوم هو الذي ليس في حيز الوجود، فكل ما ليس في حيز الوجود فهو معدوم، فننزل صاحب هذا الحق منزلة المعدوم أي نخرجه عن حيز الوجود،." (٢)

"بيع الآبق ومتى يجوز؟

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٦٢/٤٠

(٢) تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية وليد السعيدان ٦١/٣

الحنفية:

بيع الآبق قد يكون من المالك وقد يكون من القاضى وقد يكون من الآخذ فالمالك يصح له أن يبيعه إن كان قادرا على تسليمه للمشترى، وذلك بأن يحضر به الآخذ إلى سيده ليرده فباعه إليه السيد قبل تسليمه فعلا لأنه بالتخلية بين الأبق والراد يعتبر مسلما فقد جاء فى المبسوط: " وإذا انتهى الرجل بالعبد الآبق إلى مولاه فلما نظر إليه أعتقه فالجعل واجب ... إلى أن قال: وكذلك إن باعه مولاه من الذى أتاه به لأنه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتمليك من غيره ". " أى الراد " (١) .

بخلاف ما إذا باعه لغير واجده فإنه لا يجوز للعجز عن التسليم.

قال صاحب المبسوط: " ويجوز بيع الآبق ممن أخذه " أى لمن أخذه لأن امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم إليه ولا يوجد ذلك هنا لأنه بنفس العقد يصير مسلما إلى المشترى لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه (٢) .

أما بيع القاضى له فإنه يكون له بيعه إذا حبسه وطالت مدة حبسه ولم يحضر صاحبه ليأخذه، وقد جاء فى فتح القدير أن طول هذه المدة يقدر بثلاثة أيام (٣) .

وعلل ذلك بأن دارة النفقة أى استمرارها مستأصلة ولا نظر فى ذلك للمالك بحسب الظاهر، واعتبره فى هذا بالضالة الملتقطة.

ولكن صاحب الفتاوى الأنقروية قد ذكر نقلا عن التترخانية أن مدة هذا الحبس تقدر بستة أشهر ثم يبيعه بعدها (٤) .

أما آخذه، فإنه لا يصح له بيعه إلا إذا كان ذلك بأمر القاضى فقد جاء فى المبسوط: "دخل أخذ عبدا آبقا فباعه بغير إذن القاضى ثم أقام المولى بينة أنه عبده فإنه يسترده من المشترى والبيع باطل لأن الآخذ باعه بغير ولاية له فإن ولاية تنفيذ البيع له فى ملك الغير إنما تثبت بإذن المولى أو إذن القاضى بعد ما تثبت الولاية له فإذا باعه بدون إذن القاضى كان البيع باطلا (٥) ".

المالكية:

يرى المالكية أن بيع المالك للآبق حال إباقه لا يصح إلا إذا علم المبتاع مكانه وإنه عند من يسهل أخذه منه وعلم صفته، فقد قال الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير نقلا على المتيطى: " ويجوز بيع العبد الآبق إذا علم المبتاع موضعه وصفته وكان عند من يسهل خلاصه منه فإن وجد هذا الآبق على الصفة التى

علمها المبتاع قبضه وصح البيع وإن وجده قد تغير أو تلف كان ضمانه من البائع ويسترجع المبتاع الثمن (٦) ".

أما القاضى فله بيعه بعد مضى سنة والقاضى. هنا هو الإمام أو القاضى الذى أنابه عنه فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: " فإن أخذه (أى الملتقط) رفعه إلى الأمام رجاء من يطلبه منه ووقف عند الإمام سنة: أى وينفق عليه فيها فإن أرسله فيها ضمن ثم إذا مضت السنة ولم يجئ ربه بأن الإمام: أى إذا لم يخش عليه قبلها وإلا بيع قبلها ولا يهمل أمره بل يكتب اسمه وحليته "أى أوصافه " مع بيان التاريخ والبلد وغير ذلك مما يحتاج إلى تسجيله ويشهد على ذلك ويجعل ثمنه فى بيت المال حتى يعلم ربه ويأخذ النفقة التى أنفقها عليه فى السنة من ثمنه ولا يلزمه الصبر إلى أن يحضر ربه وكذا أجرة الدلال ومضى بيعه وإذا قال ربه عند حضوره: كنت أعتقته سابقا قبل الإباق أو بعده لا يلتفت إلى قوله لاتهامه على نقض بيع القاضى ولكن إذا أقام بينة عمل بها ونقض البيع (٧) ".

وأما الآخذ فلا يصح له بيعه فقد جاء فى حاشية الدسوقى والشرح الكبير: "ولا يلزمه (أى القاضى) الصبر (أى بنفقته وعدم بيعه) إلى أن يحضر ربه: أى بخلاف من أخذه لكونه يعرف ربه فإنه يلزمه الصبر بنفقته حتى يحضر دبه ولا يجوز له بيعه وأخذ نفقته من الثمن قبل أن يجئ ربه (٨) ".

الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يصح للمالك بيع الآبق ولا الضال ولا الرقيق المنقطع خبره ولا المغصوب لأنه غير مقدور على تسليمه ولكنهم استثنوا بعض حالات يصبح فيها هذا البيع فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى: " الثالث

(أى من شروط البيع) إمكان تسليمه فلا يصح بيع الضال والرقيق المنقطع خبره والمغصوب من غير غاصبه للعجز عن تسليم ذلك حالا ... ثم قال: فإن باعه: أى المغصوب لقادر على انتزاعه دونه أو الآبق لقادر على رده دونه صح على الصحيح نظرا لوصوله إليهما إلا أن احتاجت قدرته إلى مؤنة فالظاهر البطلان. والثانى (أى المقابل للصحيح) لا يصح لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه أما إذا كان البائع قادرا على انتزاعه أو رده فإنه يصح بلا خلاف إلا إذا كان فيه تعب شديد والأصح عدم الصحة " (٩) .

أما الوالى ومن ينوب عنه كالقاضى فإنه يجوز له بيعه إذا كان قد وصل إليه فقد جاء فى الأم للشافعى: " وإذا كانت الضالة فى يدى الوالى فباعها فالبيع جائز ولسيد الضالة ثمنها فإن كانت عبدا فزعم سيد العبد

أنه اعتقه قبل البيع قبلت قوله مع يمينه إن شاء المشترى يمينه وفسخت البيع وجعلته حرا ورددت المشترى بالثمن الذى أخذ منه.

قال الربيع: وفيه قول آخر أنه لا يفسخ البيع إلا ببينة تقوم لأن بيع الوالى كبيع صاحبة فلا يفسخ بيعه إلا ببينة أنه أعتقه قبل بيعه " (١٠) .

والشافعى قد جعل الآبق والضال متماثلان فى هذا الحكم لأنهما فى حكم اللقطة فقد جاء عنه فى الأم: " وإذا كان فى يدى رجل العبد الآبق أو الضال من الضوال فجاء سيده فمثل اللقطة ".

الحنابلة:

يرى الحنابلة أنه يجوز للمالك بيع عبده الآبق فى بعض الحالات فقد جاء فى الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى " ولا يجوز بيع المغصوب لعدم إمكان تسليمه فإن باعه لغاصبه أو القادر على أخذه منه جاز لعدم الغرر فيه ولا مكان قبضه، وكذلك إن باع الآبق لقادر عليه صح كذلك وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو فى يده صح البيع فإن عجز عن استنقاذه منه فله الخيار بين الفسخ والإمضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض " (١١) .

أما الإمام أو نائبه كالقاضى فإنه يبيعه إذا رأى المصلحة فى ذلك فقد جاء فى المغنى لابن قدامة:

" وإن لم يجد (أى الآخذ) سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه إن رأى المصلحة فى بيعه " (١٢) .

وأما الآخذ فإنه لا يجوز له بيعه فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " وليس لملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لأن العبد يتحفظ بنفسه فهو كضوال الإبل فإن باعه فالبيع فاسد" (١٣) .

الزيدية:

يرى بعض الزيدية أن بيع العبد الآبق لا يجوز ويرى بعض آخر أنه موقوف ويرى بعض ثالث أنه يجوز لمن يكون فى يده وهذا يظهر من عبارة صاحب البحر الزخار: عن الهادى والمؤيد بالله: ولا " معطوف على عدم جواز البيع فيما سبق " العبد الآبق والمسروق والفرس الشارد ونحوه، لنهيه – صلى الله عليه وسلم – عن بيع الغرر ... ثم نسب " إلى تخريج أبى العباس أحمد بن إبراهيم الهاشمى الحسنى الذى كان إماميا ثم تزيد وإلى المؤيد بالله أحمد بن الحسيين الحسنى الآملى وإلى أبى طالب يحى بن الحسين ": يصح موقوفا على التسليم لعموم: " وأحل الله البيع وحر م الربا " (١٤) مع خيار التعذر وقد رده صاحب البحر

بقوله: " قلنا يلزم فى الطير " أى مع أن هؤلاء لم يقولوا به ونسب إلى العترة: " فأما إلى من أبق إليه فيجوز إذ لا غرر (١٥) " وخيار التعذر الذى ذكره هو الذى يكون للبائع والمشترى مدة ثلاثة أيام عند بيع ما يتعذر تسليمه فى الحال وقيل للمشترى فقط إن جهل لا إن علم (١٦) .

الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهرى أن بيع الآبق جائز: عرف مكانه أو لم يعرف دون تفصيل فى المشترى من حيث قدرته على أخذه أو معرفته لمكانه أو غير ذلك فقد جاء فى المحلى له: " وبيع العبد الآبق: عرف مكانه أو لم يعرف جائز وكذلك بيع الجمل الشارد: عرف مكانه أو لم يعرف وكذلك الشارد من سائر الحيوان ومن الطير المتفلت وغيره إذا صح الملك عليه قبل ذلك وإلا فلا يحل بيعه ثم قال: وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص إن شاء وهبه وإن شاء باعه وإن شاء أمسكه وإن مات فهو موروث عنه (١٧) .

وقد بنى هذا على الملك كما تقدم وعلى أن التسليم ليس بلازم ولم يوجبه القرآن ولا السنة ولا دليل أصلا وإنما اللازم ألا يحول البائع بين المشترى وبين ما بيع له فقط ثم قال: " ويملكه المشترى ملكا صحيحا فإن وجده فذلك وإن لم يجده فقد استعاض الأجر الذى هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقته (١٨) .

الشيعة الإمامية:

لا يصح عندهم بيع الآبق إلا إذا انضم إليه فى الصفقة شىء آخر مقدور التسليم وقد بين هذا صاحب شرائع الإسلام فقال: " الثالث (أى من شروط المبيع) أن يكون مقدورا على تسليمه فلا يصح بيع الآبق منفردا ويصح منضما إلى ما يصح بيعه ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع وكان الثمن مقابلا للضميمة " (١٩) .

الإباضية:

لا يجوز عندهم بيع العبد الآبق حال إباقه فقد جاء فى كتاب النيل: " والأكثر على منع بيع سمك فى بركة.. ثم قال: وذلك للجهل به وهو فى الماء، إذ لا يتبين فيه، ولأنه قد لا يملك قبضه، لامتناعه بالماء وأبق: بهمزة مفتوحة تليها باء مكسورة وهو الإنسان المملوك الهارب فى إباقته: بكسر الهمزة. ومثله بيع حيوان فى نفاره وهروبه) " (٢٠) .

هل الإباق عيب فى العبد

الحنفية:

الإباق عيب فى العبد عندهم، بخلاف الهرب، اذ الإباق الهرب من غير ظلم السيد له أما الهرب فيكون إذا كان السيد قد ظلمه. قال صاحب الجوهرة نقلا عن الثعالبى: الآبق الهارب من غير ظلم السيد له، فإن هرب من الظلم لا يسمى آبقا، بل يسمى هاربا فعلى هذا الإباق عيب والهرب ليس بعيب (٢١) . وعلى ذلك يكون للمشترى رده بالعيب.

المالكية:

الإباق عند المالكية عيب فى العبد كالحنفية، فقد قال ابن رشد الجد فى المقدمات الممهدات حين الكلام على العيوب التى يرد بها. "وهذا فى العيوب التي تكون ظاهرة فى البدن، وأما ما لا يظهر: من الإباق والسرقة وما أشبه ذلك فادعى المبتاع أنه كان بالعبد قديما فقال ابن القاسم يحلف البائع واحتج بروايته عن مالك، وقال أشهب لا يمين عليه " وقد بين حكم البيع بوجود العيوب قديمة فقال: " فأما العيب القديم فيرد به فى القيام والرجوع بقيمته فى الفوات (٢٢) ".

الشافعية:

كذلك يرى الشافعية إن الإباق عيب، ولكن لهم فيه تفصيل بينه صاحب المغنى فى شرحه للمنهاج وقال عند قول صاحب المنهاج (للمشترى الخيار لظهور عيب قديم كخصاء رقيق وزناه وسرقته وإباقه) : "أى كل منها، وإن لم يتكرر ولو تاب منها.. ثم قال: وما تقرر من أن السرقة والإباق مع التوبة عيب هو المعتمد.. خلافا لبعض المتأخرين.. ثم قال: واستثنى من إباق العبد ما لو خرج عبد من بلاد الهدنة بعد أن اسلم وجاء إلينا فللإمام بيعه، ولا يجعل بذلك إباقا من سيده موجبا للرد. لأن هذا الإباق مطلوب (٢٣) ".

الحنابلة:

الإباق عيب فى العبد عندهم، وذلك إذا كان قد جاوز العاشرة، لأن الصبى العاقل يتحرز من مثل هذا عادة كتحرز الكبير، فوجوده منه فى تلك الحال يدل على أن الإباق لخبث فى طبعه وحد ذلك بالعشر، لأن النبى – صلى الله عليه وسلم– أمر بتأديب الصبى على ترك الصلاة عندها، والتفريق بينهم فى المضاجع لبلوغها. أما من دون ذلك فيكون هذا منه لضعف عقله وعدم تثبته (٢٤) .

الزيدية:

يرى الزيدية إن الإباق عيب فى العبد يكون للمشترى الخيار معه، لأنه وصف مذموم تنقص به قيمة ما

اتصف به عن قيمة جنسه السليم، فقد قال صاحب البحر " فى التمثيل للعيوب التى تنقص بها القيمة: نقصان عين كالعور، أو زيادة. كالإصبع الزائد ... أو حال كالبخر والإباق (٢٥) .

ولكنه لا يكون عيبا إلا فى الكبير إذا عاد الإباق عند المشترى. قال فى البحر بصدد تعداد العيوب: " والإباق والصرع ونحوه، ولا يرد به حتى يعود مع المشترى لتجويز زواله ٠ ولو أبق صغيرا ثم أبق عند المشترى كبيرا لم يرد لما ".. ثم قال منسوبا إلى الإمام: " وحد الكبر البلوغ، وقيل المراهقة. قلنا: البلوغ أضبط وأقيس (٢٦) ".

الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهرى- كغيره من الفقهاء السابقين- أن الإباق عيب يرد به المبيع إن لم يبين له، فقد قال فى المحلى: " ومن اشترى عبدا أو أمة فبين له بعيب الإباق أو الصرع فرضيه فقد لزمه، ولا رجوع له بشيء: عرف مدة الإباق وصفة الصرع أو لم يبين له ذلك، لأن جميع أنواع الإباق إباق، وجميع أنواع الصرع صرع، وقد رضى بجملة إطلاق ذلك. فلو قلل له الأمر فوجد خلاف ما بين له بطلت الصفقة، لأنه غير ما اشترى. ولو وجد زيادة على ما بين لة فله الخيار فى رد أو إمساك، لأنه عيب لم يبين له (٢٧) ".

الشيعة الإمامية:

يرون أن الإباق عيب فى العبد يرد به فى البيع إذا ثبت انه آبق عند بائعه، قال الطوسى فى تهذيب الأحكام رواية عن الرضى يقول: " يرد المملوك من أحداث السنة: من الجنون والجزام والبرص. فإذا اشتريت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة فرده على صاحبه. فقال له محمد بن على فأبق، قال: لا يرد إلا أن يقيم البينة أنه أبق عنده (٢٨) .

الإباضية:

الإباق عندهم عيب فى العبد يرد به عند البيع، فقد جاء فى كتاب النيل- فى أثناء ذكر عيوب المبيع: " وإباقه، وغصب، وشرك (٢٩) .

طريق ثبوت ملكية الآبق لمدعيها

وما يلزم فى ذلك

الحنفية:

إذا حبس الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه يلزم أن يقيم بينة أنه عبده، فإذا أقامها يستحلفه بالله أنه باق غلى

الآن على ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة، فإذا حلف دفعه إليه.
وهذا الاستحلاف لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه. وإنما يستحلفه مع عدم وجود خصم يدعى لصيانة قضائه من الخطأ، ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له. ثم إذا دفعة لة عن بينة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان وكذلك يثبت الملك بإقرار العبد أنه لة، فيدفعه له إذا أقر العبد بذلك. ولكن هنا يجب أن يأخذ من المدفوع إليه كفيلا رواية واحدة (٣٠)
هذا إذا كان فى يد السلطان وهو الذى يدفعه إليه. أما إذا كان فى يد الآخذ له فإن الأوثق ألا يدفعه إليه إلا بأمر القاضى. فإذا دفعه بغير أمر القاضى فهلك فى يد المدفوع إليه ثم جاء رجل فاستحقه فله أن يضمن الدافع إن شاء. وإن شاء يضمن المدفوع إليه، فإن ضمن الدافع ينظر فإن كان الدافع حين دفعه إليه صدقه أنه له لا يرجع عليه بما ضمن. وإن كان حين دفعه كذبه، أو لم يكذبه ولما يصدقه، أو صدقه وضمن. فله أن يرجع عليه فى الآبق (٣١) .
وإذا دفعه بأمر القاضى لا يكون له أن يأخذ عليه كفيلا بعد ثبوت أنه له، وإذا دفعه يغير أمر بمجرد العلامة أو تصديق العبد الآبق أنه سيده كان له أن يأخذ كفيلا (٣٢) .
المالكية:
يستحق - عندهم- سيد الآبق آبقه إن كان تحت يد ملتقطه بشاهد ويمين. وقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: " واستحقه سيده من يد الملتقط إذا كان لا يعرف سيده فحضر إنسان وادعى إنه سيده فإنه يستحقه بشاهد ويمين (أى يمين المدعى أنه عبده) وأولى من الشاهد واليمين فى استحقاقه بهما الشاهدان، يستحقه بشهادتهما من غير يمين، ويأخذه مدعيه حوزا لا ملكا إن لم يكن إلا دعواه أنه عبدى إن صدقة العبد على دعواه. وذلك بعد الرفع للحاكم والإمهال فى الدفع له وهذا الإمهال يكون باجتهاد الحاكم. وكون مدعيه يأخذه حوزا لا ملكا فى حالة تصديق العبد له، إن لم يكن للمدعى إلا دعواه يقتضى أنه لا يجوز له بيعه ولا وطؤها إن كانت أمة وإن جاز له ذلك فيما بينه وبين الله إن كان صادقا (٣٣) .
وكذلك له أخذه إن كذبه العبد على التفصيل الذى ذكره الدردير فى الشرح الكبير بقوله: " ومفهوم صدقه أنة إن كذبة أخذه أيضا إن وصفه ولم يقر العبد إنه لفلان، أو أقر وكذبه المقر له (٣٤) ".

الشافعية:

إذا كان الآبق فى يد آخذه وجاء ربه يريد أخذه فالحكم فى ذلك كما قال الإمام الشافعى فى الأم: " وإذا كان فى يدى دجل العبد الآبق أو الضالة من الضوال فجاء سيده فمثل اللقطة ليس عليه أن يدفعه إلا ببينة يقيمها. فإذا دفعها ببينة يقيمها عنده كان الاحتياط له ألا يدفعه إلا بأمر الحاكم، لئلا يقيم عليه غيره بينة فيضمن، لأنه إذا دفعه ببينة تقوم عنده فقد يمكن أن تكون البينة غير عادلة ويقيم الآخر بينة عادلة فيكون أولى. ثم قال: وإذا أقام رجل شاهدا على اللقطة أو ضالة حلف مع شاهده وأخذ ما أقام عليه بينة لأن هذا مال (٣٥) ".

أما إذا كان فى يد القاضى فقد جاء فى كتاب الأم للشافعى ما يؤخذ منه حكم ثبوت الملكية لمدعيه فقد قال: " وإذا أقام الرجل بمكة بينة على عبد ووصفت البينة العبد، وشهدوا أن هذه صفة عبده، وأنه لم يبع ولم يوهب، أو لم نعلمه باع ولا وهب وحلف رب العبد- كتب الحاكم بينته إلى قاض بلد غير مكة فوافقت الصفة صفة العبد الذى فى يديه لم يكن للقاضى أن يدفعه إليه بالصفة ولا يقبل إلا أن يكون شهود يقدمون عليه فيشهدون عليه بعينه (٣٦) "

فهذا يدل على أن القاضى الأول لا يدفعه إلى صاحبه إن كان عنده بمجرد الصفة بل لابد من بينة تقوم على النحو الذى ذكره: من وصف للعبد وإنه لم يبع ولم يوهب ويحلف رب العبد، أو يقيم شاهدا ويحلف ليكون له أخذه.

الحنابلة:

يرى الحنابلة أن العبد الآبق إذا جاء سيده يطلبه من آخذه رده إليه بعد أن يقيم بينة، أو يعترف العبد بأنه سيده. فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " فإذا أخذ الآبق فهو أمانة فى يده. إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه. وإن وجد صاحبه دفعه إلية إذا أقام به البينة أو اعترف العبد أنه سيده (٣٧) ".

وإذا كان الآبق عند القاضى فإنه لا يدفعه لمدعيه إلا إذا أقام البينة على أنه له. فقد جاء فى المغنى ما يدل على هذا وهو: " فإذا أبق العبد فحصل فى يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر أن فلانا الذى صفته كذا وكذا واستقصى صفاته- عبد فلان ابن فلان أبق منه فقبل الحاكم بينته، وكتب إلى الحاكم الذى عنده العبد: ثبت عندى إباق عبد فلان الذى صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم العبد (٣٨) ".

وهذا يؤخذ منه أنه لا يثبت عند الحاكم الذى كتب إلا إذا أقيمت البينة وشهدت بأوصافه وأنه عبد فلان

هذا، وأن الذى عنده العبد يكتفى بهذا الإثبات.

الزيدية:

لم نجد للزيدية كلاما خاصا بالآبق فى هذا الموضوع، ولكنهم يجعلون أخذه مستحبا كأخذ الضالة- كما قدمنا- وقد ذكرنا سابقا أن آخذ الضالة يعرف بها وأنه يجوز له أن يستبقيها عنده، وعلى هذا فماذا يجب عليه إذا جاء رب الضالة يطلبها؟

قد بين ذلك صاحب مفتاح الأزهار فقال:

" ولا يجوز للملتقط أن يرد الضالة إلى من ادعاها إلا أن يحكم له الحاكم أنه يستحقها ويجوز الحبس عمن لم يحكم له ببينة" ثم قال: " وحاصل الكلام فى المسألة أن مدعى اللقطة لا يخلو إما أن يكون له بينة أو لا إن كان له بينة وحكم بها حاكم لزم الملتقط ردها. فإن أقام غيره البينة بأنها له لم يلزم الملتقط له بشئ لانضمام الحكم إلى بينة خصمه. وإن لم يحكم له ببينة قال الفقيه أبو العباس: جاز الرد ولا يجب، وهو ظاهر كلام أبى طالب.. وأما إذا لم تكن له بينة، بل أتى بأمارتها وأوصافها ففى ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: المذهب أنه لا يجوز الرد، قال – عليه السلام-: وظاهر كلام أصحابنا ولو غلب فى ظنه صدقه، لأن العمل بالظن فى حق الغير لا يجوز.

الثانى: ذكره فى شرح الإبانة قال فيه: يجوز الرد بالعلامة ولا يجب فى قول عامة أهل البيت.

الثالث: أنه يجب، وقد ذكر هذا منسوبا للهادى والمؤيد بالله: أنه يجب فيما بينه وبين الله تعالى، لأن العمل بالظن واجب (٣٩) ".

أما إذا كانت فى يد الحاكم فلم نجد نصا صريحا فيه، ولكن جاء فى البحر الزخار أن القاضى لا يحكم باستحقاقه لة إلا إذا أقام البينة بأنه ملكه. فقد جاء فى البحر الزخار: " ويحكم بالبينة العادلة الكاملة ما لم تعارض إجماعا، وفى تأكيدها باليمين خلاف (٤٠) ".

الظاهرية:

يبين ابن حزم الظاهرى طريق ثبوت ملكية من يدعى العبد الآبق بقولة فى المحلى عند كلامه فى الآبق واللقطة والضالة: وأن اللقطة ما وجد من مال سقط أى مال كان بقوله: " فإن جاء من يقيم بينة، أو من يصف عفاصه

(أى الوعاء الذى يكون فيه الملتقط من جلد أو خرقه أو نحوها إن كان فى وعاء) ويصدق فى صفته،

ويصفه وعاءه، ويصدق فيه ويصف رباطه ويصدق فيه ويعرف عدده ويصدق فيه، أو يعرف ما كان له من هذا: أما العدد والوعاء إن كان لا عفاصه له ولا وكاء (الرباط) أو العدد إن كان منثورا فى غير وعاء دفعه إليه كانت له بينة أو لم تكن (٤١) ".

ولا شك أن التعريف للعبد بأوصافه يكون كالتعريف بالعفاص والوكاء ونحوها. وإذن يكون إثبات الملكية عنده بالبينة أو الوصف. كما يشعر به ما سبق أن ذكرناه فى حكم أخذ الآبق. من أنه يبقى عند واجدة أو الحاكم حتى يجئ صاحبه ويعرفه فهو يرى أنه لا ضرورة لإقامة البينة لثبوت ملكيته للآبق بل يكفى وصفه.

الشيعة الإمامية:

عندهم أن الآبق والضال لا يصح أخذه، ولو أخذه يرده لصاحبه، وإلا دفعة إلى الحاكم، فإذا جاء صاحب العبد لزم أن يقيم بينة. وقد قال صاحب شرائع الإسلام: " ومن وجد عبده فى غير مصره فأحضر من شهد على شهوده بصفته لم يدفع إليه لاحتمال التساوى فى الأوصاف، ويكلف إحضار الشهود ليشهدوا بالعين. ولو تعذر إحضارهم لم يجب حمل العبد إلى بلدهم ولو رأى الحاكم ذلك صلاحا جاز (٤٢) ".

حكم الإباق من يد كل من المستأجر والمرتهن

والغاصب والوصى

الكلام هنا يتعلق بالجعل والضمان: أما الجعل فقد سبق الكلام عليه وأما الضمان فتفصيله كما يلى:

الحنفية:

أما المستأجر فإن الحنفية يرون أنه لا ضمان عليه ما دامت يده يد أمانة فلا يكون ضامنا له بإباقه إلا إذا كان ذلك ناشئا عن تعد منه، فقد جاء فى جامع الفصولين: "لو قال إذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدابة فحمل المستأجر على الدابة فى الليل، فلما طلعت الشمس تلفت لم يضمن، إذ صار غاصبا بحمله، إلا أنه عند طلوع الفجر انعقدت الإجارة فصارت اليد يد أمانة (٤٣) ". وأما المرتهن فإنه يكون مضمونا عليه إذا أبق منه بالأقل من قيمته ومن الدين فقد جاء فى جامع الفصولين: " ولو رهن قنا فابق سقط الرهن. فلو وجده عاد رهنا ويسقط من الدين بحسابه لو كان أول إباق له ولو أبق قبل ذلك لا يسقط من الدين شىء (٤٤) ".

والمراد من أنه يسقط من الدين بحسابه هو أنة يسقط من الدين بقدر نقصانه الذى هو عيب الإباق وقد بين هذا صاحب التنوير وشارحه صاحب الدر المختار وابن عابدين بقولهم: " ولو أبق عبد الرهن وجعله

الراهن أو القاضى بالدين ثم عاد يعود الدين إلا بقدر نقصان عيب الإباق (٤٥) ".
وأما الغاصب فإنه يكون ضاما له فيلزم بقيمته فقد قال صاحب جامع الفصولين: " ولو رهن قنا فأبق فجعله القاضى بما فيه ثم ظهر القن قال أبو يوسف رحمه الله هو رهن كما كان وقال زفر هو للمرتهن كغاصب ضمن القيمة (٤٦) ".
وأما الوصى فإنه إذا أبق منه العبد فإنه لا ضمان عليه لأن يده على مال الموصى عليه يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدى (٤٧) ".
المالكية:
يرون أن يد المستأجر يد أمانة فلاضمان عليه إلا بالتقصير أو التعدى. وعليه فإباق العبد من يد المستأجر إن لم يكن بتفريط فى حفظه أو بسبب اعتداء عليه منه لا يجعله ضامنا. وقد بين ذلك الدردير فى الشرح الكبير والدسوقى فى حاشيته عليه، إذ جاء فيهما: " وهو: أى من تولى المعقود عليه أو من تولى العين المؤجرة: من مؤجر بالفتح كراع، ومستأجر كمكترى الدابة ونحوها- أمين فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف: كان مما يغاب عليه (أى يمكن إخفاؤه وكتمه) أولا. ويحلف إن كان منهما لقد ضاع وما فرطت. ولا يحلف غيره (أى غير المتهم) وقيل يحلف ما فرطت: أى يحلف على التفريط فقط . ولا يحلف على الضياع، بل يصدق فيه من غير حلف عليه، لأن الضياع ناشىء عن تفريطه غالبا. فيكفى حلفه ما فرطت. وفى المسألة قول ثالث وهو أنه يحلف على الضياع والتفريط (٤٨) ".
وأما المرهون فلا يكون مضمونا على المرتهن إلا إذا كذبه شهود فى دعواه أنه أبق. فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: " لو كان الرهن بيد المرتهن وهو مما لا يغاب عليه (أى لا يمكن إخفاؤه وكتمه) كدور وعبيد والحال أنه لم يحصل من المرتهن تعد فلا ضمان على المرتهن ولو اشترط الراهن عفى المرتهن ثبوت الضمان عليه، خلافا لا شهب الذى قال: أنه يعمل بالشرط، إلا أن يكذبه عدول. وحلف المرتهن فيما يغاب عليه وأولى فيما لا يغاب عليه- لأنه إذا حلف فيما يضمنه فأولى فيما لا يضمنه (٤٩) ".

وأما المغصوب فان غاصبة يتعلق به الضمان من يوم استيلائه عليه والحيلولة بينه وبين مالكه. أما الضمان بالفعل فإنما يكون إذا حصل مفوت ولو بسماوى أو جناية غير الغاصب عليه، فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: " وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء على المغصوب: عقارا أو غيره: أى تعلق

الضمان بالغاصب بهذا الاستيلاء: أى الحيلولة بينه وبين مالكه، ولا يحصل الضمان بالفعل إلا إذا حصل مفوت ولو بسماوى أو جناية غيره (٥٠) "وإباق العبد مفوت له (٥١) .

وأما الوصى فإنه أمين فى مال موليه فلا يضمن إلا بالتقصير أو التعدى (٥٢) .

الشافعية:

يرى الشافعية أن يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة فلا يضمن إلا بالتقصير أو التعدى فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى: " ويد المكترى على المستأجر من الدابة والثوب وغيرهما يد أمانة مدة الأجارة جزما، فلا يضمن ما تلف فيهما بلا تقصير، إذ لا يمكن استيفاء حقه إلا بوضع اليد عليها (٥٣) ".

وهذا يقتضى أن العبد إذا أبق لا يكون مضمونا على المستأجر إلا إذا كان إباقه بتقصير من المستأجر أوبتعد عليه سبب هذا الإباق.

وكذلك المرتهن فإنه لا يضمن إذا تلف إلا بتقصير أو تعد كما فى المستأجر ولا يسقط من دينه شىء به فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى: " وهو (أى المرهون) أمانة فى يد المرتهن، لخبر (الرهن من راهنه) : أى من ضمان راهنه له غنمه وعليه غرمه. ثم قال: فلو شرط كونه مضمونا لم يصح الرهن، ولا يسقط بتلفه شىء من دينه (٥٤) " وأما المغصوب إن أبق فإنه يكون مضمونا على الغاصب فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى وعلى الغاصب الرد للمغصوب على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة فى رده.. ثم استدل على هذا بحديث: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٥٥) " وأما الوصى إذا أبق منه عبد موليه فلا يضمن لأن يده يد أمانة إلا بالتقصير أو التعدى (٥٦) .

الحنابلة:

يرى الحنابلة أن العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر، فإذا أبق منه العبد المستأجر دون تقصير فإنه لا يكون مضمونا عليه إلا بالتقصير أو التعدى فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر. إن تلفت بغير تفريغ لا يضمنها. ثم قال: ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة " (٥٧) .

أما المرتهن فإنه كالمستأجر لا ضمان عليه إلا بالتقصير أو التعدى، فقد جاء فى الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى: " أن الرهن إذا تلف فى يد المرتهن فإن كان تلفة بتعد أو تفريط فى حفظه ضمنه، لا نعلم فى ذلك خلافا، لأنه أمانة فى يده، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه، أو تفريطه كالوديع. فأما إن تلف بغير تعد

منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن " (٥٨) .

وإباق العبد إن لم يكن تلفا فهو دونه فلا يضمن من باب أولى إلا إذا قصر فى المحافظة عليه.

وأما الغاصب فان الآبق يكون مضمونا عليه فقد جاء فى المغنى: " أن من غصب شيئا يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فإذا أخذه ملكه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التى أداها " (٥٩) .

وأما الوصى فإن يده على مال موليه يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتقصير أو التعدى (٦٠) .

الزيدية:

يرون أن المستأجر العين غير ضامن لها ما لم يشترط الضمان عند العقد (٦١) .

كما أنه يضمن إذا كان إباقه بعد انتهاء مدة الإجارة المتفق عليها وقبل رده إلا لعذر فقد جاء فى البحر الزخار: " وعلى المستأجر الرد إذ لا وجه لإمساكها بعد استيفاء الحق ثم قال: فإن لم يرد (أى العين المستأجرة) ضمنها وأجرتها وإن لم ينتفع كالمغصوب إلا لعذر " (٦٢) .

وأما المرتهن فإنه يكون ضامنا لما ارتهنه ولو تلفه بآفة سماوية ومن باب أولى بالتعدى فقد قال صاحب البحر الزخار: " ومتى جنى عليه المرتهن ضمنه إجماعا لقوله – صلى الله علية وسلم –: " **على اليد ما أخذت** حتى ترد" ثم قال زيد بن على: والقاسمية وكذا إن تلف بآفة سماوية لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لمرتهن الفرس فنفق ذهب حقك " (٦٣) .

وأما الغاصب فإنه يضمنه إذا أبق ويكون ضمانه بقيمته فقد جاء فى البحر الزخار: " وإذا أبق المغصوب فهو فى ضمان الغاصب حتى يقبضه المالك وإن جهله، لقوله – صلى الله عليه وسلم –: (**على اليد ما أخذت** حتى ترد) (٦٤) .

ويعتبر فى قيمته أوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، فقد جاء فى البحر الزخار: " وفى تالف القيمى أوفر القيم من الغصب إلى التلف، إذ هو مطالب فى كل وقت (٦٥) ".

وأما الوصى فهو أمين على ما فى يده من مال المولى عليه، فلا يضمن إلا بالتعدى أو التقصير فى الحفظ، وقد جاء فى ذلك قول صاحب البحر الزخار: " ويعمل باجتهاده، إذ هى ولاية، إلا فيما عين له ". ثم قال: " ويضمن بمخالفة الموصى وبالجناية والتفريط فى الحفظ (٦٦) ".

الظاهرية:

يرون أن يد المستأجر يد أمانة فلا يضمن (٦٧) .
أما إذا أبق العبد من يد المرتهن فلا ضمان، بل يبقى دينه على الراهن، ويتبعه المرتهن به، فقد قال ابن حزم الظاهرى فى المحلى: " فإن مات الرهن أو تلف أو أبق العبد أو فسد أو كانت أمة فحملت من سيدها أو أعتقها أو باع الرهن أو وهبه أو تصدق به أو أصدقه فكل ذلك نافذ، وقد بطل الرهن، وبقى الدين كله بحسبه (٦٨) ".
وأما الغاصب فإن الآبق مضمون عليه إن لم يرد. وقد بين هذا ابن حزم الظاهرى بقوله: " لا يحل لأحد مال مسلم ولا مال ذمى إلا بما أباح الله – عز وجل – على لسان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى القرآن أو السنة نقل ماله عنه إلى غيره، أو بالوجه الذى أوجب الله به تعالى أيضا كذلك نقله عنه إلى غيره، كالهبات الجائزة والتجارة الجائزة أو القضاء الواجب بالديات والتقاص، وغير ذلك مما هو منصوص، فمن أخذ شيئا من مال غيره أو صار إليه بغير ما ذكرنا: فإن كان عامدا عالما بالغا مميزا فهو عاص لله – عز وجل –، وإن كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا إثم عليه، إلا أنهما سواء فى الحكم فى وجوب رد ذلك إلى صاحبه، أو فى وجوب ضمان مثله إن كان ما صار إليه قد تلفت عينه، أو لم يقدر عليه (٦٩) ".
الشيعة الإمامية:
العين المستأجرة عندهم يد المستأجر لها يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدى قال صاحب شرائع الإسلام: " إذا تعدى فى العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان (٧٠) " . فالأساس فى الضمان عندهم التلف بالعدوان، وهذا يقتضى أن العبد إذا أبق بسبب تعديه يكون ضامنا، لأن الإباق تلف، فقد جاء فى شرائع الإسلام: " لو فك القيد عن الدابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق ضمن، لأنه فعل يقصد به الإتلاف (٧١) ".
وأما المرتهن فقد ذكرنا نص كلام الطوسى فى أنه لا ضمان عليه إذا أبق بدون تسبب منه، أما إذا تسبب فى إباقه فإنه يكون ضامنا. ويكون ضمانه بقيمته يوم قبضه، فقد جاء فى شرائع الإسلام: " إذا فرط فى الرهن وتلف لزمه قيمته يوم قبضه، وقيل يوم هلاكه، وقيل أغلى القيم، فلو اختلفا فى القيمة كان القول قول الراهن، وقيل القول قول المرتهن وهو الأشبه أى الذى تدل عليه أصول المذهب (٧٢) .
وأما الغاصب فإن يده على الغصوب يد ضمان ويجب عليه رده ولو تعسر، والآبق متعسر الرد، وواجب

عليه رده، فكل ما أنفقه على رده يكون ملزما به. كما أنه يكون ضامنا له إذا أبق، لأن الإباق تلف، فقد جاء فى شرائع الإسلام: " فإن تلف المغصوب (ولا شك أن الإباق تلف) ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثليا، فإن تعذر المثل ضمن قيمته يوم الإقباض لا يوم الإعواز أى المرافعة إلى الحاكم ". ولو أعوز فحكم الحاكم فزادت أو نقصت لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمة يوم تسليمها، لأن الثابت فى الذمة ليس إلا المثل، فإن لم يكن مثليا ضمن قيمته يوم الغصب، وهو اختيار الأكثر. وقال بعضهم يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين اختلف، وهو حسن (٧٣) ".

وأما الوصى فإنه لا ضمان عليه إلا إذا قصر فى المحافظة عليه، أو تعدى، لأنه أمين وقد قال فى ذلك صاحب شرائع الإسلام: " والوصى أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط (٧٤) ".

الإباضية:

يرون أن العبد إذا أبق من مستأجره لا يكون ضامنا، لأن يده يد أمانة، فلا ضمان عليه ما لم يكن إباق بتقصير منه أو تعد. ولكن جاء فى شرح النيل ما يدل على ضمان المستأجر فى رأى، فقد جاء فيه: " وضمن الأجير: أراد به ما يشمل المكترى.. ثم علل ذلك بقوله: إن الأجير والمكترى كليهما بمعنى واحد. وهو الذى فى يده مال غيره على أجر معلوم للعمل (٧٥) ".

وأما إذا أبق من يد مرتهن فقد جاء ما يتعلق بذلك فى النيل وشرحه: " إن ضاع رهن بيد مرتهن بلا تعد منه ولا تضييع فقيل: لا يرجع أحدهما على الآخر بشىء مطلقا: زاد الدين على قيمة الزمن أو نقص ... ثم قال: وقيل: يترادان الفضل وقيل يرجع المرتهن على الراهن بما زاد الدين على الرهن إن زاد لا عكسه إن زاد الرهن على الدين، لأن المرتهن أمين فيه. ثم قال: وإن شرط الراهن أن تكون المصيبة على المرتهن فى الكل أو فى مقدار الرهن فهما على شرطهما (٧٦) ".

وأما إذا أبق من يد وصى فإنه لا ضمان عليه، لأن يده يد أمانة، إلا إذا قصر فى حفظه أو تعدى عليه بما قد أدى إلى إباقه، فقد جاء فى النيل وشرحه: " فإن قبلها، أى قبل الوصية، لزمته حالة كونها أمانة فى عنقه، وليجتهد فى إنفاذها، لوجوب أداء الأمانة إلى أهلها (٧٧) ".

عتقه قبل الرد

الحنفية:

لو أعتق المولى عبده الآبق قبل استلامه من الراد صح عقه، وصار بهذا العتق قابضا له، ولذا يجب الجعل للراد، لأن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير كما لو قبضه ثم اعتقه، وذلك كما فى العبد المشترى فإنه يصح أن يعتقه قبل أن يقبضه ويصير بإعتاقه قابضا، ولذا يجب عليه الثمن (٧٨) .

المالكية:

كذلك يرى المالكية أن عتق العبد حال إباقه وقيل الرد جائز، فقد قال الدردير فى الشرح الكبير: " وله، أى لرب الآبق عتقه حال إباقه والتصدق به والإيصاء به للغير وهبته لغير ثواب، أى لغير عوض (٧٩) ".

الشافعية:

كذلك يرى الشافعية جواز عتق الآبق، فقد جاء فى المغنى شرح المنهاج " ولو اعتق المالك رقيقه قبل رده، قال ابن الرفعة: يظهر أن يقال: لا أجرة للعامل إذا رده بعد العتق وإن لم يعلم، لحصول الرجوع ضمنا: أى فلا أجرة لعمله بعد العتق تنزيلا لإعتاقه منزلة فسخ (٨٠) ".

وهذا يدل على أن عتق الآبق جائز، ولا جعل لمن رده بعد العتق.

الحنابلة:

عتق العبد عندهم جائز ولازم بمجرد العقد، فإذا عتق السيد عبده الآبق قبل الرد جاز، فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " وإن باعه الإمام، أى الآبق، لمصلحه رآها فى بيعه فجاء سيده واعترف أنه كان أعتقه قبل منه ". فقوله هنا: "كان أعتقه " صادق بأنه أعتقه حين الإباق أو قبله (٨١) .

الزيدية:

يرى الزيدية أن عتق الآبق حال إباقه جائز، إذ أنهم إنما يعتمدون على ملك المعتق (٨٢) .

الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهرى أن العتق يعتمد على ملك المعتق للمعتق له (٨٣) .

الشيعة الإمامية:

يرون أن عتق السيد لآبقه جائز متى كان ممن يملك العتق، فقد جاء فى شرائع الإسلام: " ويعتبر فى المعتق الإسلام والملك ".

ثم قال: " ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه (٨٤) ".

آباق العبد من أخذه قبل الرد

الحنفية:

إذا أبق العبد من آخذه فإن كان قد أخذه ليرده فلا ضمان عليه إذا كان قد أشهد أنه أخذه ليرده، لأن يده حينئذ يد أمانة. أما إذا لم يشهد فإنه يضمن، لأنه حينئذ فى حكم الغاصب (٨٥) .

وكذلك يكون ضامنا له إذا أبق منه فى الطريق وكان قد استعمله فى حاجة نفسه (٨٦) .

المالكية:

يرى المالكية أن الآبق إذا أبق من ملتقطه لا ضمان عليه إلا إذا كان متعديا فقد جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: " إن من التقط آبقا ثم بعد أخذه أبق من عنده أو أنه مات عنده أو تلف فلا ضمان عليه لربه إذا حضر حيث لم يفرط، لأنه أمين ولا يمين عليه.

أما إذا فرط كما لو أرسله فى حاجة يأبق فى مثلها فأبق فإنه يضمن (٨٧) .

الشافعية:

يد الراد على الآبق يد أمانة فلا يضمن إلا بالتفريط، فقد جاء فى المغنى على المنهاج: " يد العامل على ما يقع فى يده إلى أن يرده يد أمانة. فإن خلا الآبق بتفريط ضمن لتقصيره (٨٨) ".

الحنابلة:

لا ضمان على الراد إن أبق منه دون تلف ودون تفريط فى حفظه، فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " فإذا أخذه فهو أمانة فى يده إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه (٨٩) ".

الزيدية:

لا ضمان على آخذه إذا أبق منه قبل رده (٩٠) .

الشيعة الإمامية:

يرون أن العبد إذا أبق من ملتقطه لا ضمان عليه، فقد جاء فى شرائع الإسلام: " ولو التقط مملوكا، ذكرا أو أنثى لزمه حفظه وإيصاله إلى صاحبه، ولو أبق منه أوضاع من غير تفريط لم يضمن، ولو كان بتفريط ضمن، ولو اختلف فى التفريط ولا بينة فالقول قول الملتقط بيمينه (٩١) ".

---

(١) ج ١١ ص ٢٠ طبعة الساسى.

(٢) ج ١١ ص ٢٨ الطبعة السابقة.

(٣) ج ٤ ص ٤٣ الطبعة الأميرية.

(٤) الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٩٨ الطبعة الأميرية.

(٥) المبسوط ج ١١ ص ٢٦ طبعة الساسى

(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ١١ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٧) المرجع السابق ج ٤ ص ١٢٧ الطبعة السابقة.

(٨) المرجع السابق ج ٤ ص ١٢٧ الطبعة السابقة.

(٩) ج ٢ ص ١٣ طبعة مصطفى الحلبى وأولاده بمصر

(١٠) ج ٤ ص ٦٨ نشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(١١) ج ٤ ص ٢٨ طبعة المنار سنة ١٣٤٧هجرية.

(١٢) ج ١ ص ٣٥٧ الطبعة السابقة.

(١٣) ج ٤ ص ٢٥٧ الطبعة السابقة.

(١٤) سورة البقرة: ٢٧٥.

(١٥) ج ٣ ص ٣١٣ الطبعة الأولى سنة ٩٤٩.

(١٦) ج ٣ ص ٣٥٤ الطبعة السابقة.

(١٧) ج ص ٢٨٨ طبعة إدارة الطباعة المنيرية.

(١٨) ج ٣٨٩ الطبعة السابقة.

(١٩) ج ١٦٦ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٢٠) ج ٤ص ٧٣.

(٢١) الجوهرة على القدورى ج ١ ص ٤٦٦ طبعة الأستانة.

(٢٢) ج ص ٢٥٤ ' ٢٥٥طبعة الساسى.

(٢٣) ج ٢ ص ٥٠ طبعة مصطفى الحلبى.

(٢٤) المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٢٧٦، ٢٧٧ الطبعة الأولى لمطبعة المنار سنة ١٣٤٧ هجرية.

(٢٥) ج ٢ ص ٣٥٥.

(٢٦) ج ٣ ص ٣٥٧.

(٢٧) ج ٩ ص ٧٣ طبعة إدارة الطباعة المنيرية.

(٢٨) ج ٧ ص ٦٣ طبعة مطبعة النعمان بالنجف.

(٢٩) ج ٤ ص ٢٤٠.

(٣٠) فتح القدير ج ٤ ص ٤٣٤، ٤٣٥ الطبعة الأميرية.

(٣١) الفتاوى الأنقروية نقلا عن النتف ج ١ ص ١٩٨ طبعة دار الطباعة المصرية ببولاق سنة ١٢٨١هجرية.

(٣٢) الفتاوى الأنقروية الجزء والصفحة السابق ذكرهما نقلا عن فتاوى ابن نجيم.

(٣٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ١٢٨.

(٣٤) الجزء والصفحة السابقة.

(٣٥) ج ٤ ص ٦٧ نشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣٦) ج ٤ الصفحة والطبعة السابقة.

(٣٧) ج ٦ ص ٣٥٧ طبعة المنار سنة ١٣٤٧ هجرية.

(٣٨) ج ٦ ص ٢٥٧ الطبعة السابقة.

(٣٩) ج ٤ ص ٦٢، ٦٣ الطبعة الثانية سنة ١٣٥٨ هجرية.

(٤٠) ج ٤ ص ٣٩٦ الطبعة السابقة.

(٤١) ج ٨ ص ٢٥٧ طبعة إدارة الطباعة المنيرية.

(٤٢) ج ٢ ص ١٧٧ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٤٣) ج ٢ ص ١٥٦ الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية.

(٤٤) ج ٢ص ١٦٢ الطبعة السابقة.

(٤٥) ج ٥ ص ٣٣٠ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٤٦) ج ٢ ص ١٦٢ الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية.

(٤٧) الزيلعى على الكنز ج ٣ ص ٣١٠ الطبعة الأميرية.

(٤٨) ج ٤ ص٢٤ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٤٩) ج ٣ ص ٢٥٥ الطبعة السابقة.

(٥٠) ج ٣ ص ٤٤٣ الطبعة السابقة.

(٥١) ج ٣ ص ٤٤٧ الطبعة السابقة والمربع السابق.

(٥٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٤٥٤ الطبعة السابقة.

(٥٣) ج ٢ ص ٣٥١ طبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده.

(٥٤) ج ص ١٣٦ ، ١٣٧ الطبعة السابقة.

(٥٥) ج ٢ ص ٢٧٦، ٢٧٧ الطبعة السابقة.

(٥٦) ج ٣ ص ٧٨ الطبعة السابقة.

(٥٧) ج ٦ ص ١١٧ طبعة المنار سنة ١٣٤٧ هجرية.

(٥٨) ج ٤ ص ٤٦٧ وقد وضع بذيل المغنى.

(٥٩) ج ٥ ص ٤١٧ الطبعة السابقة.

(٦٠) ج ص ٣٧٢ الطبعة السابقة.

(٦١) البحر الزخار ج ٤ ص ٦٣ طبعة سنة ١٩٤٩.

(٦٢) ج ٤ ص ٣٣ الطبعة السابقة.

(٦٣) ج ٤ ص ١١٣ الطبعة السابقة.

(٦٤) ج ٤ ص ١٨٧ الطبعة السابقة.

(٦٥) ج ٤ ص ١٧٥ الطبعة السابقة.

(٦٦) ج ٤ ص ٣٣٢، ٣٣٣ الطبعة السابقة.

(٦٧) المحلى ج ٨ ص ١٨٣.

(٦٨) ج ٨ ص ٩٣ الطبعة السابقة

(٦٩) المحلى ج ٨ ص ١٣٤، ١٣٥ الطبعة السابقة.

(٧٠) ج ١ ص ٢٣٧ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧١) ج ٢ ص ١٥١ الطبعة السابقة.

(٧٢) ج ١ ص ١٩٨ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧٣) ج ٢ ص ١٥٢ الطبعة السابقة.

(٧٤) ج ١ ص ٢٦٤ الطبعة السابقة.

(٧٥) ج ٥ ص ١٦٢.

(٧٦) ج ٥ ص ٥٤٤.

(٧٧) ج ٦ ص ٤٩٣.

(٧٨) الهداية وفتح القدير والعناية ج ٤ ص ٤٣٨ الطبعة الأميرية.

(٧٩) ج ٤ ص ١٢٧ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٨٠) ج ٤ ص ٤٣٤ طبعة مصطفى ألباب الحلبى وأولاده.

(٨١) ج ٤ ص ٣٥٧ طبعة المنار سنة ١٣٤٧ هجرية.

(٨٢) البحر الزخار ج ٤ ص ١٩٢ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٩.

(٨٣) المحلى ج ٨ ص ١٨٥.

(٨٤) ج ٢ ص ٩٣.

(٨٥) الكنز وشرح الزيلعى عليه " تبيين الحقائق " ج ٣ ص ٣٠٩

(٨٦) الفتاوى الأنقروية نقلا عن شرح المجمع لابن ملك ج ١ ص ١٩٨.

(٨٧) ج ٤ ص ١٢٨ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٨٨) ج ٢ ص ٤٣٤ طبعة مصطفى البابى الحلبى.

(٨٩) ج ٦ ص ٣٥٧ طبعة المنار سنة ١٣٤٧.

(٩٠) البحر الزخار ج ٤ ص ٦٣ طبعة سنة ١٩٤٩.

(٩١) ج ٢ ص ١٧٣ نشر مكتبة الحياة ببيروت.." [١]

"مقدار الجعل ومتى يستحق.

مقدار الجعل ومتى يستحق ومتى يكون عليه الجعل:

الجعل هو المقدار المعين من المال الذى يستحقه من رد الآبق أو الضالة وكلامنا عليه هنا يكون فى مقداره، ومتى يستحق وعلى من يكون، وللفقهاء فى هذا آراء نذكرها فيما يأتى:

الحنفية:

---

(١) موسوعة الفقه المصرية مجموعة من المؤلفين ص/١٠

مقدار الجعل عند الحنفية كان بتقدير الشارع وهو قول الرسول – عليه السلام– " جعل الآبق أربعون درهما " وهو أربعون درهما إذا رده من مسافة قصر للصلاة وهى ثلاثة أيام بلياليها فأكثر فإن رده لأقل من ذلك فقولان، قول بأن الجعل يكون بحسب المسافة التى رد منها منسوبة للأربعين درهما أى أنه إذا رده لربع مسافة القصر يكون له عشرة دراهم وإذا رده لنصفها يكون له عشرون درهما وهكذا، وقول بأنه يرضخ له أى يعطى قليلا غير كثير فإن اتفقا على الرضخ فيها، وإن اختلفا قدره الإمام وكذلك إذا رده فى المصر يكون بحسابه أو يرضخ له بناء على الرأيين السابقين وروى عد أبى حنيفة أنه لا شىء له إذا رده فى المصر، ولكن الرضخ هو المفتى به على ما ذكر صاحب الدر المختار وجعله صاحب رد المحتار ابن عابدين نقلا عن صاحب البحر أنه الصحيح (١) ولا فرق فى إيجاب الأربعين بين ما إذا كانت قيمة الآبق أقل من أربعين أو أربعين فأكثر على الرأى المشهور عند الحنفية وهو رأى أبى يوسف، لأن تقديره ثبت بالنص بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما تمنع الزيادة ولذا يكون الصلح بأكثر منه غير جائز بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط للبعض ولو حط الكل كان جائزا فكذا البعض، أما محمد فقد قال: تجب قيمته إلا درهما لأن وجوبه ثبت إحياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر فى إيجاب أكثر من قيمته، وقد روى أيضا عن كل من محمد وأبى يوسف مثل رأى صاحبه وروى عن أبى يوسف أيضا أنه ينقص منه قدر ما تقطع اليد (٢) ، وأما أبو حنيفة فرأيه كرأى محمد كما ذكر الشهاب الشلبى فى حاشيته على كتاب تبيين الحقائق للزيلعى على الكنز نقلا عن شرح الطحاوى (٣) وكذا ذكره الكمال ابن الهمام فى فتح القدير (٤) ، وقد ثبت الجعل للراد استحسانا وإن لم يشترط لأن القياس يقضى بأنه لا شىء له إلا بالشرط كأن يقول مالكه: من رد عبدى على فله كذا لأنه فى حالة عدم الشرط يكون متبرعا بمنفعته، ووجه هذا الاستحسان هو ما روى عن عمرو بن دينار أنه قال: لم نزل نسمع أنه – عليه الصلاة والسلام – قال: " جعل الآبق أربعون درهما " فقد جعل الرسول – صلى الله عليه وسلم– لرد الآبق جعلا، أما الضال فلا جعل فى رده لأنه لم يسمع عنه – صلى الله عليه وسلم – جعلا فى رده فيلزم الاقتصار فى ذلك على مورد النص ولأن إيجاب الجعل فى رد الآبق حامل لوا جده على رده إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والحاجة إلى صيانة الضال أقل من الحاجة إلى صيانة الآبق، لأن الآبق يختفى عن أعين الناس هربا من الرجوع إلى سيده، أما الضال فإنه يظهر ليرده الناس (٥) .

ويستوى فى وجوب الجعل كل رقيق أبق ولو كان فيه شائبة الحرية كالمدبر وأم الولد إلا المكاتب، فإنه لا

جعل له، لأن المدبر وأم الولد وإن كان فيهما شائبة الحرية لتحرر المدبر بموت سيده متى خرج من الثلث وأم الولد تعتق بموت سيدها- إلا أنهما مملوكان للسيد ويستكسبهما كالقن، فيحصل بالرد إحياء المالية من هذا الوجه.

والجعل إنما كان لإحياء المالية، أما المكاتب فإنه أحق بمكاسبه، فلا يوجد فيه إحياء لمال المولى وهذا فيما إذا رد المدبر وأم الولد فى حياة المولى. أما إذا ردا بعد وفاته فلا جعل للراد بخلاف ما إذا رد القن بعد وفاته، وذلك لأن المدبر إن خرج من الثلث يعتق، ولا جعل فى الحر، وإن لم يخرج فكذلك عند الصاحيين، لأنه حر عليه دين، إذ العتق لا يتجزأ عندهما، وهو عند الإمام مكاتب ولا جعل على المكاتب، وأما أم الولد فإنها تعتق بموت سيدها، فلا جعل فيها لحريتها بعد موت سيدها ولا جعل فى الحر أما القن الذى جاء بها الراد بعد موت سيده ففيه الجعل، لأنه لا يزال رقيقا (٦) .

أما متى يستحق الجعل فإن الراد يستحقه برده لسيده، فلو مات أو أبق منه قبل الرد فلا جعل له، ويعتبر متسلما له إذا باعه من الراد عند حضوره وقبل أن يقبضه بيده لسلامة البدل وهو الثمن له أى للسيد وكذا لو اعتقه فى هذه الحال لأن الإعتاق منه قبض وكذا إذا وهبه لابنه الصغير لأن هبة الآبق لصغيره جائزة لأنه باق فى يده حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمى الذى بقى له أما إذا وهبه لغير صغيره ولو كان للراد نفسه لا يكون قابضا قبل الوصول إلى يده (٧) وهذا مشروط بأن يصدقه السيد فى الإباق فإذا أنكر المولى إباقه كان القول له مع يمينه إلا إذا شهد شهود أنه أبق من مولاه أو يشهده على إقرار المولى بإباقه (٨) ولكنه يلزم مع ما تقدم لاستحقاق الجعل أن يشهد عند أخذه أنه أخذه ليرده على سيده متى تمكن من الإشهاد وإلا فلا يشترط الإشهاد ويكون القول قوله فى أنه لم تمكن وإن لم يشهد عند أخذه مع التمكن لا يكون له الجعل لأنه يكون آخذا لنفسه فيكون غاصبا، ولو كان الراد قد اشتراه من وا جده وأشهد حين اشتراه أنه قد اشتراه ليرده على سيده يكون له الجعل لأنه لا يقدر على رده إلا بالشراء ولكنه يكون متبرعا بالثمن وكذلك يلزم الاستحقاق الراد الجعل ألا يكون ممن يجب عليه ذلك ولا ممن يعمل متبرعا فليس للسلطان أو نائبه ولا لحافظ المدينة ولا للخفير جعل، لأن ذلك مما يجب عليه ولا لوصى اليتيم المالك للعبد ولا لعائله جعل لأن من شأنه حفظ ماله، وكذا من استعان به السيد فى رده كان يقول له السيد: إن وجدته فخذه فقال: نعم لأن ذلك متبرع بالإعانة، ومثله كل من جرت العادة بأنه يرده عليه تبرعا كأحد الزوجين أو أحد الأبناء أو أحد الشركاء أو من يكون فى عياله بأن يكون ممن يعوله المالك ويمونه فلا

جعل للأب أو الأم إذا رد عبد الابن إذا كان فى عيال الابن (٩) أما إذا لم يكن أحد الأبوين فى عيال الابن فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة عليه (١٠) .

واشتراط إشهاد الراد- عند أخذ الآبق- أنه أخذه ليرده حتى يستحق الجعل هو المشهور عند الحنفية لم وهو رأى أبى حنيفة ومحمد، أما أبو يوسف فإنه يذهب إلى أنه يستحق الجعل وإن لم يشهد ما دام قد أخذه ليرده لا لنفسه، لأن الإشهاد غير واجب عليه عنده، بل مستحب (١١) أما من يكون عليه الجعل فهو السيد فيما ذكرنا: من القن والمدبر وأم الولد، وكذا إذا كان مأذونا ولم يركبه دين، أما إذا كان مأذونا وركبه دين فإنه يكون على السيد إذا اختار قضاء دينه، وعلى الغرماء إذا اختار بيعه فى الدين. وحينئذ يأخذ الراد جعله من الثمن، وما بقى يعطى لأصحاب الديون لأنه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك ويكون على صاحب الخدمة إذا أوصى سيده برقبته لشخص وبخدمته لأخر يدفعه المخدوم فى الحال ولكنه يرجع به على صاحب الرقبة عند انتهاء الخدمة أو يباع العبد فيه إن لم يدفع صاحب الرقبة الجعل، لأن الموصى له بالرقبة فى حكم المالك ويكون على المرتهن إذا كانت قيمته مساوية للدين أو أقل أما إذا كانت أكثر فعليه بقدر دينه والباقى على الراهن لأن حقه: أى المرتهن، بالقدر المضمون منه أى من العبد وهو قيمة الدين فلو كانت قيمته أربعمائة والدين ثلاثمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة لأن الجعل المقدر شرعا أربعون درهما وإن اصطلحا على أقل يكون بهذه النسبة (١٢) ويكون على من سيصير إليه إذ كان العبد قد جنى خطأ قبل الإباق أو بعده قبل أن يأخذه الراد فيكون على المولى إن اختار فداءه وعلى أولياء الجناية إن اختار دفعه إليهم، ولو اختار المولى الدفع ثم قضى عليه بدفع العبد إلى أولياء الجناية كان له الرجوع على المدفوع إليه الجعل، وإنما كان الجعل على المولى إن اختار فداءه لأنه طهره عن الجناية باختياره فصار كإنه لم يجن وأحيا الراد ماليته بالرد عليه، وأما كون الجعل على أولياء الجناية إن اختار المولى دفعه بها فلأن الراد برده قد أحيا حقهم (١٣) .

أما الموهوب له هذا الآبق فقد جاء عنه فى الزيلعى " فإن الجعل عليه وإن رجع الواهب فى هبته بعد الرد لأن الموهوب هو المالك وزوال ملكه فى حالة رجوع الواهب بعد الرد إنما كان بتقصير منه وهو بتركه التصرف فيه فلا يسقط عنه ما وجب عليه بالرد، أما إذا كان الآبق مغصوبا فإن جعله على الغاصب لأن ضمان جناية العبد المغصوب تكون على الغاصب، وإذا كان الأبق ملكا لصبى فجعله فى ماله لأنه مؤنة ملكه (١٤) " وما دام الجعل يكون على المالك فى بعض الأحوال. " فإنه إذا كان الآبق مشتركا بين

شخصين يكون على كل واحد من الجعل بقدر نصيبه فلو كان أحدهما غائبا فأعطى الحاضر الجعل كله للراد لا يكون متبرعا بنصيب الغائب لأنه لا يمكن أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل فيكون له الرجوع على الغائب بما أصابه من الجعل لأنه مضطر فيما أعطاه للراد إذ أنه لا يصل إلى نصيبه إلا بذلك (١٥) ".

المالكية:

مقدار الجعل عندهم هو ما سماه الجاعل وسمعه العامل مباشرة أو بالواسطة وليس عندهم قدر معين شرعا فى الجعل كما هو عند الحنفية على نحو ما ذكرنا عنهم فقد قال الدردير فى الشرح الكبير: من سمع قائلا يقول: من يأتينى بعبدى الآبق مثلا فله كذا فأتاه به من غير تواطؤ فإنه يستحق ما التزمه الجاعل (١٦) .

وقد ينتقل الجعل من المسمى إلى جعل المثل فقد قال الدسوقى: لا يشترط العلم بالمجعول عليه بل تارة يكون مجهولا كالآبق فإنه لا بد فى صحة الجعل على الإتيان به ألا يعلم مكانه فإن علمه ربه فقط لزمه الأكثر مما سمى وجل المثل وإن علمه العامل فقط كان له بقدر تعبه عند ابن القاسم، وقيل لا شئ له وإن علماه معا فينبغى أن له جعل مثله نظرا لسبق الجاعل بالعداء (١٧) وكذلك يستحق جعل المثل إذا لم يسمع العامل – ولو بالواسطة– الجاعل حينما سمى جعلا فى رد آبقه إذا كان هذا العامل من عادته رد الإباق فقد قال الدسوقى: " ولمن لم يسمع الجاعل أى لا مباشرة ولا بالواسطة وإلا استحق المسمى بتمام العمل وحاصله أنه إذا قال المالك من أتى بعبدى الآبق فله كذا فجاء شخص لم يسمع كلام ربه لا مباشرة ولا بالواسطة أو أن ربه لم يقل شيئا فجاء به شخص فانه يستحق جعل المثل سواء كان جعل المثل أكثر من المسمى أو أقل منه أو مساويا له بشرط كون ذلك الشخص الآتى به من عادته طلب الإباق فإن لم يكن عادته ذلك فلا جعل له وله النفقة فقط (١٨) ، والمراد من النفقة التى ذكرها هو ما أنفقه فى سبيل تحصيله فقد قال الدسوقى نفسه: أى فله ما أنفقه حال تحصيله على نفسه وعلى العبد من أجرة دابة أو مركب اضطر إليها بحيث لم يكن الحامل على صرف تلك الدراهم إلا تحصيله لأن تلك الدراهم بمثابة ما فدى به من ظالم، أما ما شأنه أنه ينفقه العامل على نفسه فى الحضر كالأكل والشرب فلا يرجع به على ربه، ثم قال تعليقا على كلام الدردير: وما أنفقه عليه من أكل وشرب الأولى إسقاط ذلك لأن نفقة الطعام والشرب والكسوة على ربه ولو وجب للعامل جعل المثل أو المسمى فإذا قام بها العامل رجع بها عليه (١٩) أما إذا سمعه من شأنه رد الإباق ولو بالواسطة فلا شىء له إلا المسمى وفى حالة ما إذا لم يسمعه يكون

لرب الآبق أن يترك عبده للعامل فقد قال الدردير: ولربه - أى الآبق- تركه للعامل حيث لم يسمع من عادته طلب الضوال وأتى به لربه كانت قيمته قدر جعل المثل أو أقل أو أكثر ولا مقال له، بخلاف ما إذا سمعه سمى شيئا ولو بالواسطة فله ما سماه ولو زاد على قيمة العبد لأن ربه ورطه (٢٠) وكذلك يكون له جعل المثل إن اختلفا فى الجعل وتحالفا ولم يشهد الظاهر لقول أحدهما، فقد جاء فى الشرح الكبير للدردير بعد أن ذكر أن جعل المثل يكون لمن لم يسمع ولكنه معتاد لطلب الإباق: كحلفهما أى المتجاعلين بعد تخالفهما أى بعد اختلافهما فى قدر الجعل بعد تمام العمل ولم يشبها أى لم يشبه أحدهما فى قوله ظاهر الأمر فيقض له بجعل المثل (٢١) وإن جاء به اثنان يكون الجعل بنسبة ما سمى لكل منهما فقد جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير أن رب الآبق إذا جعل لرجل درهما على أن يأتيه بعبده الآبق وجعل لأخر نصف، درهم على أن يأتيه بعبده فأتيا به معا فإنهما يشتركان فى ذلك الدرهم، إذ هو غاية ما يلزم رب العبد بنسبة ما سماه لكل منهما بمجموعة التسميتين فيأخذ الأول ثلثه ويأخذ الثانى ثلثه لأن نسبة نصف الدرهم إلى درهم ونصف: ثلث، ونسبة الدرهم كذلك ثلثان. ثم ذكر أن هذا هو المشهور وهو قول ابن القاسم، وآن ابن نافع وأبن عبد الحكم قالا أن لكل واحد منهما نصف ما جعل له، ورجحه التونسى واللخمى (٢٢) .

هذا ما يتعلق بمقدار الجعل أما متى يستحق الجعل فإنه يكون عند تسليم الراد الآبق لسيده وذلك يكون بتمكينه منه أو أن يكون الآبق قد استحق لشخص آخر أو حرره سيده بعد وصوله إلى بلد صاحب الآبق وقبل قبضه له. فقد جاء فى شرح الدردير وحاشية الدسوقى عليه " يستحقه أى الجعل السامع من الجاعل ولو بواسطة أن ثبت أنه قاله بالتمام للعمل بتمكين ربه منه وذلك بأن يمكن ألمجاعل عليه رب الشيء المجاعل عليه منه فإن أبق قبل قبضه بعد مجيء العامل به لبلد ربه لم يستحق العامل جعلا" (٢٣) .

وقال الدردير أن من أتى بالعبد الآبق فاستحقه شخص أو استحق بحرية فإنه يستحق الجعل على الجاعل ولو لم يقبضه لأنه ورطه فى العمل ولولا الاستحقاق لقبضه واستولى علية ولا يرجع الجاعل بالجعل على المستحق عند ابن القاسم وهو المشهور وقد بين الدسوقى وقت الاستحقاق للآبق الذى لا يسقط به الجعل فقال: " وإن استحق أى بعد وصول المجاعل للبلد وقبل قبض ربه أما لو أستحق منه وهو فى الطريق قبل إتيانه للبلد فلا جعل له كما ارتضاه البنانى (٢٤) ".

واشترطوا لاستحقاق الجعل عند التسليم أو الاستحقاق بعد وصول البلد أن يكون هناك عقد جعالة بين

سيد العبد وبين الراد وذلك يكون بإيجاب وقبول أو بأن يقول رب العبد من رد عبدى فله كذا وسمع الراد ذلك مباشرة أو بالواسطة إن ثبت أنه قاله كما قدمنا أما إذا كان راد الآبق ممن اعتادوا رد الإباق فإنه يستحق جعل المثل إن لم يتعاقد معه أو لم يسمع ولو بالواسطة . أما إذا تعاقد معه فلا يستحق إلا ما سمى متى مكنه منه كما قدمنا وأما من يكون عليه الجعل فهو الملتزم له من المتجاعلين لأنه نشأ عن تعاقد.

قال الدردير فى الجعل المعلوم يستحقه السامع من الجاعل ولو بواسطة أن ثبت أنه قاله (٢٥) وقال فى حالة ما إذا استحق الآبق قبل تسليمه لصاحبه فإنه أى العامل يستحق الجعل على الجاعل ولو لم يقبضه ثم قال ولا يرجع الجاعل بالجعل على المستحق عند ابن القاسم وهو المشهور .

وقد علق الدسوقى على هذا فبين الرأى الآخر غير المشهور فقال أى خلافا لمحمد بن المواز القائل للجاعل أن يرجع على المستحق بالأقل من المسمى ومن أجر المثل (٢٦) .

الشافعية:

أما مقدار الجعل عندهم فهو ما اتفق عليه بين الإذن بالعمل والعامل فقد جاء فى الأم للشافعى: " ولا جعل لأحد جاء بآبق ولا ضالة إلا أن يكون جعل له فيه فيكون له ما جعل له وسواء فى ذلك من يعرف بطلب الضوال ومن لا يعرف به (٢٧) " فهم يحالفون المالكية فى جعل من عرف بطلب الضوال واعتاده من حيث أنهم لا يجعلون له جعلا إلا بالتسمية بخلاف المالكية كما يعلم مما تقدم ولكن قد ينتقل من الجعل المسمى إلى جعل أزيد أو أنقص قبل الفراغ من العمل بناء على اتفاق (٢٨) .

والجعل يقبل التجزئة عندهم على قدر العمل فقد جاء فى المنهاج والمغنى ولو قال شخص بناء على صحة الجعالة على عمل معلوم من رد عبدى مثلا من بلد كذا فله كذا فرده العامل من مكان أقرب منه فله قسطه. أى قسط الأقرب من الجعل، لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل، فبعضه فى مقابلة البعض فإن رده من نصف الطريق مثلا استحق نصف الجعل ويجب فرضه كما قال ابن الرفعة فيما إذا تساوت الطريق سهولة وحزونة، فإن تفاوتت بأن كانت أجره نصف المسافة ضعف أجرة النصف الآخر فيقابله ثلثا الجعل (٢٩) .

وأما متى يستحق الراد الجعل؟ فإن الراد يستحقه بتمام العمل فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى " ولو تلف المردود قبل وصوله كأن مات الآبق بغير قتل المالك له فى بعض الطريق ولو بقرب دار سيده أو غصب، أو تركه العامل، أو هرب ولو فى دار المالك قبل تسليمه له، فلا شئ للعامل وإن حضر الآبق لأنه

لم يرده ".

ثم قال " وإذا رده: أى الآبق العامل على سيده فليس له حبسه لقبض الجعل، لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق (٣٠) ".

ومن هذا النص يؤخذ أن الرد الذى يستحق به الجعل هو نفس التسليم، ولا تكفى موجهته له.

ويشترط لاستحقاق الراد الجعل أن يأذن رب الآبق وغيره بالعمل، فقد جاء فى المغنى " فلو عمل بلا إذن، أو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له. ولو قال أجنبى: من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبى، لأنه التزمه.

وإن قال الأجنبى: قال زيد: من رد عبدى فله كذا- وكان الأجنبى كاذبا- لم يستحق العامل عليه: أى على الأجنبى، لعدم التزامه، ولا على زيد إن كذب القائل (٣١) ".

أما من يكون عليه الجعل فإنه يؤخذ من النصوص السابقة أنه يكون على الملتزم: وسواء فى ذلك أن يكون رب العبد وأن يكون أجنبيا، ولكن لا يعتبر ولى الصغير أجنبيا يكون عليه الجعل فى ماله هو إذا طلب رد الآبق من مال موليه، بل يكون فى مال الصغير، فقد جاء فى المغنى: " قد يفهم تعبير المصنف كغيره بالأجنبى " أى فى قوله: ولو قال أجنبى: من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبى " أنه لو قال الولى ذلك عن محجور على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أن الراد يستحقه فى مال المالك بمقتضى قول وليه، قال بعض المتأخرين وهو واضح، ولم أر من تعرض له (٣٢) ".

ولو كان مغصوبا فإن الجعل يكون على الغاصب، فقد جاء فى المنهاج وشرحه المغنى: " وعلى الغاصب الرد للمغصوب عند التمكن وإن عظمت المؤنة فى رده ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى، للحديث المار: **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه (٣٣) ".

الحنابلة:

مقدار الجعل عندهم هو ما سمى، فإن لم يسم فله ما قرره الشارع، فقد جاء فى المحرر: " ولا يستحق الجعل بغير شرط إلا فى رد الآبق خاصة فإن له الجعل بالشرع: دينارا أو اثنى عشر درهما. وعنه (أى عن أحمد) إن رده من خارج المصر فله أربعون درهما (٣٤) ".

ولكن هل إذا سميا جعلا يكون اللازم ما سميا؟ قد بين هذا صاحب كشاف القناع فقال: " إذا كان المسمى ليس أكثر من المقدر شرعا فإنه حينئذ يكون له ما قدره الشارع وتلغى التسمية، قطع بهذا الحارثى

وصاحب المبدع، لأن من أوجب عليه الشارع شيئا مقدرا من المال عند وجود سببه استقر عليه كاملا بوجود سببه (٣٥) ".

ومقتضى هذا النص أنه إذا سمى أقل من المقدر شرعا يكون لة المقدر أما إذا لم يسم جعل فإن الجعل يكون ما قدره الشارع كما يفهم من عبارة المحرر السابقة.

وكما روى عن أحمد روايتان فى المقدر شرعا كما يفهم من عبارة المحرر السابقة فيما إذا جاء به من خارج المصر، فقد روى عنه فيما إذا جاء به من المصر نفسه أنه عشرة دراهم أو دينار (٣٦) .

وقد روى عنه أيضا أنه لا جعل فى رد الآبق فقد جاء فى المغنى: " وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك: أى جعلا إذا لم يوجد شرط ".

قال أبو منصور: " سئل أحمد عن جعل الآبق فقال: لا أدرى، تكلم الناس فيه، لم يكن فيه عنده حديث صحيح. فظاهر هذا أنه لا جعل فيه، وهو ظاهر قول الخرقى ثم علل ذلك بقوله: لأنه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضا (٣٧) ".

والجعل المتفق عليه، أو المقدر شرعا إن لم يكن شرط جعل يستحقه العامل على الرواية الراجحة. وإن زاد على قيمة العبد. وسواء فى ذلك أن يكون الراد معروفا برد الإباق أولا فقد جاء فى المغنى: " ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو ينقص.. ثم علل ذلك بقوله: ولنا عموم الدليل (أى الأدلة التى وردت عن السلف بتقدير الجعل الذى لم يشترط) . ولأنه جعل يستحق فى رد الآبق، فاستحقه وإن زاد على قيمته كما لو جعله صاحبه ... ثم قال إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه من المعروفين برد الإباق أو لم يكن (٣٨) ".

وبهذا يخالفون المالكية فى أنه لا يكون جعل فى حالة عدم الشرط إلا لمن اعتاد رد الإباق.

وقد ينتقل الجعل عندهم من المسمى إلى أجره المثل، وذلك إذا فقد شرطا من شروط صحة الجعل.

فقد جاء فى المغنى: " متى شرط عوضا مجهولا كقوله: إن رددت عبدى فلك ثوب أو فلك سلبه، أو شرط عوضا محرما كالخمر والحر، أو غير مقدور عليه كقوله: " من رد عبدى فله ثلثه، أو من رد عبدى فله أحدهما فرده إنسان- استحق أجر المثل، لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له، فاستحق أجره كما فى الإجارة (٣٩) ".

أما من يكون له الجعل فإنه الراد إن كان هو الذى اتفق معه سيد الأبق أو كان السيد لم يعين أحدا، فقد

جاء فى المغنى لابن قدامة: " ويجوز أن يجعل الجعل فى الجعالة لواحد بعينه فيقول له: إن رددت عبدى فلك دينار، فلا يستحق الجعل من يرده سواه. ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عبدى فله دينار، فمن رده استحق الجعل (٤٠) ".

ولا فرق عندهم فى الراد من حيث استحقاق الجعل أن يكون من ولد المالك، أو زوجا، أو غير ذلك، فقد جاء فى كشاف القناع: " وسواء (أى فى استحقاق الجعل) كان الراد زوجا للرقيق الآبق، أو ذا رحم فى عيال المالك أولا، لعموم ما سبق " يريد مما سبق الأدلة الدالة على استحقاق الجعل (٤١) .

وقد يكون للراد جزء من الجعل المسمى بقدر نصيبه فى العمل، وذلك بأن يشترك فى العمل أكثر من واحد من المبدأ إلى النهاية فقد جاء فى المغنى: " فإن قال: من رد لقطتى فله دينار، فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم أثلاثا، لأنهم اشتركوا فى العمل الذى يستحق به الجعل، فاشتركوا فى العوض، كالأجرة فى الإجارة (٤٢) ".

والآبق عندهم كاللقطة فى هذا لأن الكلام قبل هذه العبارة فى جواز جعل الجعل لواحد. فقد جاء فى المغنى فى نفس الموضوع " ويجوز أن يجعل الجعل لواحد بعينه فيقول له: إن رددت عبدى فلك دينار استحق الجعل " ثم ذكر حالة ما إذا لم يجعله لواحد بعينه كما فى العبارة السابقة وفى نفس الصفحة.

وكذلك إذا حدد السيد مكانا فرده الراد من منتصف طريق هذا المكان مثلا، فقد جاء فى المغنى (٤٣) " وإن قال: من رد عبدى من بلد كذا فله دينار فرده إنسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل ". هذا إذا جعل جعلا واحدا. أما إذا جعل أجعالا مختلفة فإن كل واحد يأخذ من جعله بنسبة عمله، فقد جاء فى المغنى: " فإن جعل لواحد فى ردها دينارا، ولآخر دينارين، ولثالث ثلاثة فرده الثلاثة- فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى (٤٤) ".

وأما متى يستحق الجعل؟ فإنهم لا يجعلونه إلا بالرد بشرط أن يكون العمل بعد النداء بالرد، وسواء فى ذلك ما إذا كان قد شرط أو لم يشرط، لأنه حينئذ يستحق المقدر شرعا، فقد قال الخرقى فى المختصر: " وإن كان التقطها قبل ذلك (أى قبل نداء صاحبها بالجعل) فردها لعلة الجعل لم يجز له أخذه (٤٥) ".

وجاء فى المغنى: " أما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشترط له (٤٦) ".

والجعل حينئذ هو المقدر شرعا، وقد سبق أن ذكرناه.

وليس للعامل حبس الآبق حتى يسترد الجعل، فقد جاء فى كشاف القناع: " وإذا رد العامل اللقطة أو العبد

أو نحوهما لم يكن له الحبس، أى حبس المردود على الجعل، وإن حبسه عليه وتلف ضمنه (٤٧) ".

أما من يكون عليه الجعل فإنه يكون على السيد ولو مات، فقد جاء فى المغنى: " ويستحقه إن مات سيده فى تركته (٤٨) " ومقتضاه أنه على صاحب العبد.

وهذا إذا أبق من يد سيده، أما إذا أبق من يد مستأجره فإن ما ينفقه عليه فى سبيل الرد يكون على المالك، فقد جاء فى المغنى: " وقياس المذهب أن له الرجوع (أى الرجوع بما أنفق على الجمال التى استأجرها وهرب مالكها) لقولنا يرجع بما أنفق على الأبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة ألمرهونة (٤٩) ".

وكذلك إذا كان مرهونا، فقد جاء فى المغنى: " أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحر زه ومخزنه وغير ذلك على الراهن (٥٠) ".

ثم قال: " وإن أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن".

وأما إذا كان مغصوبا فإن أجرة رده تكون على غاصبه، فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: " فإن المغصوب متى كان باقيا وجب عليه (أى الغاصب) رده، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: " **على اليد ما أخذت** حتى ترد " ... ثم قال: " فإن غصب ثمينا فبعده لزم رده وأن غرم عليه أضعاف قيمته، لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه (٥١) ".

الزيدية:

الجعل عندهم ما شرطه المتجاعلان فى الجعالة، أو ما سماه الجاعل، كأن يقول: من رد عبدى أو ضالتى فله كذا. ويكون هذا المسمى هو الجعل. ويستحقه من سمع النداء وفعل، لا من لم يسمع (٥٢) .

ومقتضى قولهم: لا من لم يسمع صادق بصورتين: ألا ينادى صاحب الآبق بجعل، أو ينادى ولكن لم يسمعه الراد. وعلى هذا لا بد أن يكون هناك جعل مسمى، وأن يسمع الراد تسميته.

وقد ينتقل الجعل من المسمى إلى أجرة المثل، وذلك فيما إذا اختلفا فى مقدار الجعل، فقد قال صاحب البحر الزخار: " وأما فى قدر الجعل (أى إذا اختلفا عليه) فالأجرة (٥٣) ".

وحكم الأجرة إذا اختلفا جاء فى قول صاحب البحر الزخار: " وإذا اختلفا فى قدر الأجرة أو جنسها ولا بينة تحالفا وبطل العقد، وتجب أجرة المثل بعد العمل (٥٤) ".

ومقتضى هذا أنه إذا لم توجد بينة يتحالفان، ويبطل العقد، ويكون للراد أجرة مثل عمله. أما إذا بينا فقد قال فيه صاحب البحر الزخار: " فإن بينا فبينة مستحقها أولى، إذ هو الخارج " ثم قال قلت: القياس أن

القول للمستأجر كالمشترى (٥٥) ".
ومقتضى هذا ان بينة الراد تقدم، ولكن صاحب البحر الزخار اختار أن تقدم بينة رب العبد.
وكذلك يكون له أجر المثل، إذا كان المسمى مجهولا، فإذا جاء فى البحر الزخار (٥٦) : " فإن عقدا على أن الحاصل بينهما أى شركة فسد العقد لجهالة الأجرة كجهالة الثمن ... ثم قال ومتى فسد العقد لجهالة الأجرة من، أصله لزمت أجرة المثل بعد استيفاء المنافع أو بعضها، كتفويت العين المملوكة ". وقد نسب هذا إلى العترة من الزيدية، وارتضاه.
ويعتبر الجعل الأخير هو الجعل المسمى إذا سمى اجعالا مختلفة فى أزمان مختلفة فقد جاء فى البحر الزخار: وتدخلها، " أى الأجرة المجعولة " الزيادة والنقص، كمن رد ضالتى فله مائة، ثم قال من ردها فله خمسون، ونحو ذلك- ويستقر الأخير منهما (٥٧) .
والجعل الذى يستقر يستحقه الراد، أو يستحق منه بقدر عمله إذا كان رب العبد قد عين مكان الأخذ فقد جاء فى البحر الزخار: ولو قال: من رد عبدى من مكة فرده من نصف الطريق استحق النصف وكذا ما أشبهه، ولو رد من غير جهتها لم يستحق شيئا وإن كان أبعد (٥٨) ، وأما وقت استحقاق الجعل فإنهم قالوا إنما يستحق الجعل بعد تمام العمل فلو هرب الآبق بعد إيصاله إلى باب المالك سقط الجعل.
وظاهر من عبارة (فلو هرب ... الخ) أن تمام العمل يكون بقبض ربه له. ولكن هل يلزم قبضه وتسلمه بالفعل، أو يكفى التمكين من قبضه؟ الظاهر من فروعهم أن التمكين من قبضه يكفى، لأنهم قالوا يصح للراد أن يحبس الآبق ولا يسلمه لربه حتى يستوفى النفقة، والجعل حقه كالنفقة، وقد جاء بخصوص النفقة على الآبق فى البحر الزخار: " وينفق عليه (أى على الآبق) من كسبه إن كان، وإلا فكالقطة (٥٩) .
وجاء فيما يتعلق بنفقة اللقطة قوله: ويرجع بما أنفق عليها أو لنقلها ... ثم قال: وله حبسها حتى يستوفى بما أنفق (٦٠) . وأما من يكون عليه الجعل فإنه يكون على مالكه إذا أبق من يده، فإن أبق من يد غيره فإن كان مستأجرا فأبق من يد مستأجره فلا جعل عليه فقد جاء فى البحر الزخار من المبادئ ما يدل عليه وإن لم يكن نصا فيه إذ جاء فيه أن يد المستأجر يد أمانة، فقد قال: ويضمن بالتضمين، ويصير كالمستأجر على الحفظ ببعض المنافع فصح كتضمين العارية)٦١) .
ومقتضاه أن العين المؤجرة أمانة فى يده، وهو لا يضمنها- إن لم يضمن- إلا بتقصير أو تعد فأولى ألا يلتزم بجعل ردها. وأما إذا كان مرهونا فإن كان هو الذى جاعل على ردها يكون عليه أن يدفع الجعل للعامل،

لأن المطالب بالجعل هو المجاعل.
والظاهر من مبادئهم أنه يرجع به على المالك فقد جاء فى البحر الزخار " ومؤن الرهن كنفقته وتجهيزه وتكفينه ... ونحو ذلك- على الراهن (٦٢) ".
وأما إن كان مغصوبا فعلى غاصبه، فقد جاء فى البحر الزخار: " ويجب الرد على موضع ألغصب وإن كان له مؤنة لوجوب رده كما أخذه، وهذا من صفاته ".
وقد نسب هذا إلى أبى طالب الآملى أحد علماء العترة. والقاضى زيد الجيلى علامة الزيدية (٦٣) .
أما إذا أبق من الوصى فالجعل فى مال المالك القاصر، لأن يد الوصى يد أمانة.
الظاهرية:
يقول أبن حزم الظاهرى: " لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر (أى أجير) : إن جئتنى بعبدى الآبق فلك على دينار، أو قال إن فعلت كذا وكذا فلك على درهم أو ما أشبه هذا فجاءه بذلك أو هتف وأشهد على نفسه: من جاءنى بكذا فله كذا فجاءه به- لم يقض عليه بشىء ويستحب لو وفى بوعده- وكذلك من جاءه بآبق فلا يقضى له بشئ (أى من غير ان يهتف ويشهد بالجعل) سواء عرف بالمجىء بالإباق أو لم يعرف بذلك. إلا أن يستأجره على طلبه مدة معروفة، أو ليأتيه به من مكان معروف فيجب ما استأجره به (٦٤) ". وقد علل ذلك بأن هذا فرض عليه حيث يقول: " محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم (٦٥) ".
ونهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم- عن إضاعة المال. وقال تعالى: " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان (٦٦) " ففرض على كل مسلم حفظ مال أخيه إذا وجده. ولا يحل له أخذ ماله بغير طيب نفسه، فلا شئ لمن أتى بآبق، لأنه فعل فعلا هو فرض عليه كالصلاة والصيام ولو أعطاه بطيب نفسه لكان حسنا ولو أن الإمام يرتب لمن فعل ذلك عطاء لكان حسنا (٦٧) .
الشيعة الإمامية:
أما من حيث مقدار الجعل فإنهم يرون أنه هو ما سماه الجاعل على رد الآبق، ولو لم يسم كان له ما قدره الشارع، وهو دينار إذا أخذه من مصره، فإذا أخذه مصره كان أربعة دنانير، فقد جاء فى شرائع الإسلام للمحقق الحلى: " إذا بذل جعلا فإن عينه فعليه تسليمه مع الرد، وإن لم يعينه لزم مع الرد أجرة المثل إلا فى رد الآبق على رواية أبى سيار عن أبى عبد الله – عليه السلام – أن النبى – صلى الله عليه وعلى آله

وسلم – جعل فى الآبق دينارا إذا أخذ فى مصره، وإن أخذ فى غير مصره فأربعة دنانير وقال الشيخ هذا على الأفضل لا على الوجوب. والعمل على الرواية ولو نقصت قيمة العبد ... أما لو أستدعى الرد ولم يبذل أجرة لم يكن للراد شئ، لأنه تبرع بالعمل ".

وقد يأخذ الواحد بنسبة عمله من المسمى، كما إذا قال من رد عبدى فله كذا فرده جماعة قال فى شرائع الإسلام: إذا قال: من رد عبدى فله دينار فرده جماعة كان الدينار لهم جميعا بالسوية لأن الرد حصل من الجميع ... ثم قال: " لو جعل لكل واحد من ثلاثة جعلا أزيد من الآخر فجاءوا به جميعا كان لكل واحد ثلث ما جعل له " ... ثم قال: " لو جعل لبعض الثلاثة جعلا معلوما ولبعضهم مجهولا (كأن يقول: أن جئتنى به فلك ثوب أو دابة) فجاءوا به جميعا، كان لصاحب المعلوم ثلث ما جعل له. وللمجهول ثلث أجرة مثله (٦٨) .

ولا جعل إلا لمن سمى له، وإن شاركه غيره كان متبرعا- فقد جاء فى شرائع الإسلام (٦٩) : " لو جعل لواحد جعل على الرد فشاركه أخر فى الرد كان للمجعول له نصف الأجرة، لأنه عمل نصف العمل، وليس للأخر شئ، لأنه تبرع وقال الشيخ: يستحق نصف أجرة المثل، وهو بعيد ".

ثم قال: " لو جعل جعلا معينا على رده من مسافة معينة فرده من بعضها كان له من الجعل بنسبة المسافة (٧٠) ".

والتسمية الأخيرة تكون هى المعتبرة، فقد جاء فى شرائع الإسلام " ولو عقب الجعالة على عمل معين بأخرى وزاد فى العوض أو نقص عمل بالأخيرة (٧١) ".

أما متى يستحق الجعل- فإن الجعل، عنده يستحق بالتسليم، فقد جاء فى شرائع الإسلام " ويستحق الجعل بالتسليم، فلو جاء به إلى البلد ففر لم يستحق الجعل، ويشترط لاستحقاق الجعل عند التسليم أن يبذله أى يسميه الجاعل أولا، فلو استولى عليه إنسان قبل بذل الجعل لزمه التسليم ولا شيء له. فقد جاء فى شرائع الإسلام: " لا يستحق العامل الأجرة إلا إذا بذلها الجاعل أولا، ولو حصلت الضالة، (ومثلها الآبق فى هذا) فى يد إنسان قبل تسمية الجعل لزمه التسليم، ولا أجرة، وكذا لو سعى فى التحصيل تبرعا (٧٢) ".

ومن السعى فى التحصيل تبرعا ما لو نادى برد آبقه ولم يسم جعلا. فقد قال فى شرائع الإسلام: " أما لو استدعى الرد ولم يبذل أجرة لم يكن للراد شئ، لأنه تبرع بالعمل (٣٧) ".

وتسليم الآبق حتى يستحق الجعل يتحقق بالتخلية (٧٤) .

وأما من يكون عليه الجعل- فهو الجاعل ولو كان أجنبيا، أما الجعل المالك فلأنه التزم دفع الجعل، والجعالة لازمة من طرف الجعل، وأما الأجنبى فقد قال فى شرائع الإسلام: " ولو تبرع أجنبى بالجعل وجب عليه الجعل (٧٥) ".

هذا إذا أبق من المالك، أما إذا أبق من يد غيره ففيه تفصيل: إن كانت يد من أبق منه يد ضمان كالغاصب فقد جاء فى شرائع الإسلام: " يجب رد المغصوب ما دام باقيا ولو تعسر (٧٦) ".

وقال أيضا: " إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزم إعادته. ولو طلب المالك الأجرة على إعادته لم يلزم الغاصب، لأن الحق هو النقل (٧٧) ".

أما إذا كانت اليد يد أمانة فإنه لا يلزم بالجعل إلا إذا فرط فى حفظه أو تعدى تعديا "تسبب فى الإباق فقد جاء فى تهذيب الأحكام للطوسى " إذا ارتهنت عبدا أو دابة فماتا فلا شيء عليك وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن. فالمعنى فيه أيضا أن يكون سبب هلاكه إباقة شيئا من جهة المرتهن فأما إذا لم يكن بشيء من جهته لم يلزمه شيء، وكان حكمه حكم الموت سواء (٧٨) ".

وما دام لا شيء عليه إذا لم يقصر تكون نفقة رده بما فيها من جعل ليست على المرتهن، وحينئذ فعلى من تكون؟ يظهر هذا ما جاء فى شرائع الإسلام (٧٩) : " إذا وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يؤخذ وكان له حكم الضوال الممتنعة ".

وقال فى الضوال التى يأخذها الآخذ وإن كان لا يجوز له الأخذ: " إذا لم جد الآخذ سلطانا ينفق على الضالة انفق من نفسه ورجع به، وقيل لا يرجع، لأن عليه الحفظ، وهو لا يتم إلا بالإنفاق، والوجه الرجوع دفعا لتوجه الضرر بالالتقاط (٨٠) ".

الإباضية:

جاء فى كتاب النيل: " وإن قال: من جاءنى بعبدى أو غيره من الحيوان- وقد هرب فله كذا جاز عند بعض، وقيل: له العناء. وإن استأجر اثنين أو أكثر بإجارة مختلفة فوجده أحدهما فله ما سمى له، وللآخر عناؤه ".

وأن وجدوه جميعا فلكل واحد منهم نصف ما سمى له. وقيل لكل واحد ما سمى له، وقيل لكل واحد عناؤه (٨١) ".

وإذا كان مرهونا يكون الجعل فى رده على الراهن، فقد جاء فى كتاب النيل: " وإذا كان الرهن رقيقا أو

بهيمة لزمه ما احتاج إليه من ختان ومداواة الختان أو احتجا م ... من ماله لا منه: أى لا من الرهن أيضا، وكذا نكاح الرقيق وطلاقه وفداؤه وارتجاعه وكفنه ودفنه وغسله إن مات بيده: أى فى بلده أو أميال، دون المرتهن أو المسلط عليه، فإنهما لا يلزمهما شيء من ذلك (٨٢) ".

وكذا إذا كان فى يد وصى فأبق منه فإن جعل رده يكون فى مال المولى عليه، إذ يد أتوصى يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتقصير أو التعدى، فقد جاء فى كتاب النيل: " فإن قبلها: أى قبل الوصى الوصية لزمته حالة كونها أمانة فى عنقه، وليجتهد فى إنفاذها لوجوب أداء الأمانة إلى أهلها (٨٣) ".

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ج ٣ ص ٣٥٨، ٣٥٩ طبعة دار الكتب العربية.

(٢) الزيلعى " تبيين الحقائق " على الكنز ج ٣ ص ٢٠٨ الطبعة الأميرية.

(٣) الزيلعى ج ٣ ص ٣٠٨.

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٤٣٦ الطبعة الأميرية.

(٥) الزيلعى ج٣ ص ٣٠٨ الطبعة الأميرية.

(٦) الزيلعى ج٣ ص ٣٠٩.

(٧) المبسوط ج١١ ص ٢٢ طبعة السا سى والعناية وفتح القدير والهداية ج ٤ ص ٤٣٨ الطبعة الأميرية.

(٨) فتح القدير والهداية ج٤ ص ٤٣٨.

(٩) الدر المختار ورد المحتار (ابن عابدين) ج٣ ص ٣٥٧ طبعة دار الكتب العربية الكبرى.

(١٠) العناية على هامش فتح القدير ج ٤ ص ٤٣٧ الطبعة الأميرية.

(١١) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى للكنز ج ٣ ص ٣٠٢ الطبعة الأميرية.

(١٢) الزيلعى على الكنز ج ٣ ص ٣٠٩، ٣١٠ الطبعة الأميرية وفتح القدير ج ٤ ص ٤٣٩ الطبعة الأميرية.

(١٣) الدر المختار وشرحه رد المحتار (ابن عابدين) ج ٣ ص ٣٥٩ طبعة دار الكتب العربية والزيلعى على الكنز ج ٣ ص ٣١٠ الطبعة الأميرية.

(١٤) الزيلعى على الكنز ج ٣ ص ٣١٠.

(١٥) الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ١٩٩ الطبعة الأميرية.

(١٦) الدردير على الشرح الكبير ج ٤ ص ٦٠ ' ٦١ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(١٧) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص ٦١ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(١٨) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٦٤ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(١٩) المرجع السابق ص ٦٥ الطبعة السابقة.

(٢٠) المرجع السابق ص٦٤، ٦٥ الطبعة السابقة.

(٢١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٦٤ الطبعة السابقة.

(٢٢) المرجع السابق ص ٦٥ الطبعة السابقة.

(٢٣) حاشية الدسوقى والشرح الكبير ج ٤ ص ٦١.

(٢٤) حاشية الدسوقى والشرح الكبير ج ٤ ص ٦٢ الطبعة السابقة.

(٢٥) الشرح الكبير للدردير ومتنه ج ٤ ص ٦٠، ٦١ الطبعة السابقة.

(٢٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٦٢ الطبعة السابقة.

(٧٢(الأم للشافعى ج ٤ ص ٦٩ طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة ونشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢٨) المنهاج وشرحه المغنى ج ٤ ص ٤٣٣، ٤٣٤ طبعة مصطفى البابى الحلبى.

(٢٩) شرح المغنى ج ٢ ص ٤٣١ طبعة مصطفى الحلبى.

(٣٠) ج ٢ ص ٤٣٤ الطبعة السابقة.

(٣١) ج ٢ ص ٤٣٠ الطبعة السابقة.

(٣٢) ج ٢ ص ٤٣٠ الطبعة السابقة.

(٣٣) ج ٢ ص ٢٧٦، ٢٧٧ الطبعة السابقة.

(٣٤) ج ١ ص ٣٧٢ طبعة مطبعة أنصار السنة المحمدية.

(٣٥) ج ٢ ص ٤١٧ الطبعة الشرقية ص ١٣١٩.

(٣٦) المغنى ج ٦ ص ٣٥٦ طبعة المنار سنة ١٣٤٧.

(٣٧) ج ٦ ص ٣٥٥ الطبعة السابقة.

(٣٨) ج ٦ ص ٣٥٦، ٣٥٧ طبعة المنار سنة ١٣٤٧.

(٣٩) ج ٦ ص ٣٥٤ الطبعة السابقة.

(٤٠) ج ٦ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة.

(٤١) ج ٢ ص ٤١٩ طبعة العامرية الشرقية عام ١٣١٩.

(٤٢) ج ٦ ص ٣٥٢ الطبعة السابقة.

(٤٣) ج ٦ ص ٣٥٣ الطبعة السابقة.

(٤٤) ج ٦ ص ٣٥٣ الطبعة السابقة.

(٤٥) المغنى ج ٦ ص ٣٥٨ الطبعة السابقة.

(٤٦) ج ٦ ص ٣٥٥.

(٤٧) ج ٣ ص ٤١٨ طبعة المطبعة العامرية الشرقية.

(٤٨) ج ٦ ص ٣٥٦ طبعة المنار سنة ١٣٤٧.

(٤٩) ج ٦ ص ٩٨ الطبعة السابقة.

(٥٠) ج ٤ ص ٤٩٥ الطبعة السابقة.

(٥١) ج ٥ ص ٤٢٣ طبعة دار المنار سنة ١٩٤٧.

(٥٢) انظر البحر الزخار ج ٤ ص ٦٢ - ٦٣ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٩.

(٥٣) ج ٤ ص ٦٣ الطبعة السابقة.

(٥٤) ج٤ ص ٦١ الطبعة السابقة.

(٥٥) ج٤ ص ٦١ الطبعة السابقة.

(٥٦) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣ الطبعة السابقة.

(٥٧) ج ٤ ص ٦٣ الطبعة السابقة.

(٥٨) ج ٤ ص ٦٣ الطبعة السابقة.

(٥٩) ج ٤ ص ٢٧٩ - ٢٨٠ الطبعة السابقة.

(٦٠) ج٤ ص ٢٨٢ الطبعة السابقة.

(٦١) ج٤ ص ٣٣ الطبعة السابقة.

(٦٢) ج٤ ص ١٢٠ طبعة سنة ١٩٤٩م.

(٦٣) ج٤ ص ١٧٩ الطبعة السابقة.

(٦٤) ج ٨ ص ٢٠٤ طبعة إدارة الطباعة المنيرية.

(٦٥) سورة الفتح: ٢٩

(٦٦) سورة المائدة: ٢

(٦٧) ج ٨ ص ٢١٠ طبعة إدارة الطباعة المنيرية.

(٦٨) ج ٢ ص ١١٧ – ١١٨ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٦٩) ج ٢ ص ١١٨ نشر المكتبة السابقة.

(٧٠) ج ٢ ص ١١٨ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧١) ج ٢ ص ١١٧ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧٢) ج ٢ ص ١١٧ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧٣) ج ٢ ص ١١٨ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧٤) ج ١ ص ١٧٣ نشر مكتبة الحياة ببيروت.

(٧٥) ج٢ ص ١١٧ نشر مكتبة الحية ببيروت.

(٧٦) ج٢ ص ١٥٢ نشر مكتبة الحية ببيروت.

(٧٧) ج٢ ص ١٥٧ نشر مكتبة الحية ببيروت.

(٧٨) ج٧ ص ١٧٣ مطبعة النعمان بالنجف.

(٧٩) ج٢ ص ١٧٧ نشر مكتبة الحية ببيروت.

(٨٠) ج ص ١٧٦ – ١٧٧ الطبعة السابقة.

(٨١) ج ٥ ص ٩٦.

(٨٢) ج ٥ ص ٥٣١.

(٨٣) ج ٦ ص ٤٩٣.." (١)

"التدليس والتغرير والغش تشكيل النص

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من غشنا فليس منا أخرجه مسلم.

وعن ابن عمر رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما. أخرجه البخاري ومسلم

---

(١) موسوعة الفقه المصرية مجموعة من المؤلفين ص/٧٥

التدليس:

نوع من الغش ، وهو من الدلس أي الظلمة ، أو الدلسة أي الخديعة وهو كتمان عيب السلعة.

التغرير:

إيجاد الرغبة عند المتعاقد بأفعال مموهة أو قول باطل أو إطراء موهوم.

الغش:

تحسين السلعة بطرق خادعة لتظهر سلامتها مع أنها معيبة.

والتدليس: قد يكون بالأقوال كالكذب في الثمن في بيوع الأمانات التي يشترط فيها بيان الثمن الأصلي للسلعة.

وقد يكون بالأفعال وهي كل ما يستر عيب السلعة.

والتدليس والتغرير والغش حرام ، وإذا كان التدليس مؤثرا في اختلاف الثمن في المعاملات ، يثبت به الخيار لمن وقع عليه شيء من ذلك ، فله أن يفسخ الصفقة ليدفع عن نفسه الضرر الناشئ عن التدليس ويثبت حق الفسخ هنا دون اشتراط ، لأن الأصل في البيع السلامة من العيوب ، وانتفاء التدليس.

على أنه إذا بين البائع عيب السلعة للمشترى ، أو اشترط البائع لنفسه البراءة من عيوب المبيع فإن ذلك جائز لعدم الخداع والتدليس.

من صور التدليس: التصرية وهى حبس اللبن في الضرع بترك الحلب أياما عند إرادة بيع الشاة أو البقرة ليوهم المشتري أنها غزيرة اللبن وأن ذلك عادة لها ، فإذا حلبها المشتري بعد البيع وتبين له أنها مصراة فله حق الفسخ مع رد صاع من تمر عن اللبن الذي حصل عليه.

وقد ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تصروا الغنم ، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر رواه البخاري ومسلم.

وتنطبق هذه الصورة على كل شيء تدخل عليه عند البيع تحسينات مؤقتة من أجل خداع المشتري ، فله

حق الرد مع تقرير مقابل الانتفاع بحسب العرف والخبرة.

بيع المعيب

عن عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم إذا باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه. أخرجه أحمد في مسنده والحاكم.

وعن ابن عمر رضي الله عنه قال: مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بطعام وقد حسنه صاحبه ، فأدخل يده فيه فإذا طعام رديء ، فقال: بع هذا على حدة وهذا على حدة ، فمن غشنا فليس منا أخرجه أحمد والبزار.

المراد بالعيب كل ما ينقص ثمن الشيء في عادة التجار ، لأنه يحصل الضرر بنقص القيمة المالية.

والمرجع في تحديد العيب ومعرفته هو إلى المتعارف عليه عند أهل الخبرة بالشيء.

التعاقد على شراء شيء يقتضى توافر صفة السلامة فيه ، ولو لم يشترطها المشتري ، لأنها هي الأصل.

وإذا علم البائع في سلءته عيبا لم يجز له بيعها حتى يبينه للمشترى أو يشترط لنفسه البراءة مما فيه من العيوب ليكون المشتري على بصيرة من أمره فيتفحص المبيع جيدا ويكتشف ما فيه من عيوب ويسأل البائع عنها.

على انه إذا باعه سلعة ولم يبين عيوبها فالبيع صحيح – رغم المخالفة الشرعية – لوجود خيار العيب.

إذا اشترط البائع لنفسه البراءة من العيوب فإن الصفقة تامة وليس للمشترى المطالبة بالفسخ إن ظهر له عيب قديم.

وهذا البيع يسمى (بيع البراءة) .

إذا ظهر في المبيع عيب وثبت أنه بسبب قديم ، أي قبل تسلم المشتري ، فإن له خيار العيب (الحق في الفسخ أو في التمسك بالعقد) وله الاتفاق مع البائع للتعويض عن العيب ، وليس له إجبار البائع على التعويض إذا أراد الفسخ فإن الضرر يندفع عن المشتري بتمكينه من رد المبيع المعيب.

يمتنع الرد بخيار العيب إذا طرأ على المبيع عيب جديد عند المشتري ، وفي هذه الحالة ينحصر حق

المشتري في الحصول على تعويض عن العيب القديم. ولا مانع من تفاهم المشتري مع البائع على الرد مع إضافة تعويض من المشتري عن العيب الجديد.
ولكن هذا يتوقف على رضا البائع لأن في الرد إضرارا بالبائع ، لأن المبيع خرج عن ملكه سالما من العيب الجديد فيتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر.

التطفيف في الكيل أو الوزن
عن ابن عباس قال النبي صلى الله عليه وسلم: خمس بخمس: ما نقض قوم العهد إلا سلط الله عليهم عدوهم ، ولا حكموا بغير ما أنزل الله إلا فشا فيهم الفقر ، وما ظهرت الفاحشة فيهم إلا ظهر فيهم الطاعون ، وما طففوا الكيل إلا منعوا النبات وأخذو بالسنين ، ولا منعوا الزكاة إلا حبس الله عنهم المطر أخرجه مالك في الموطأ ، والبزار في المسند.

والتطفيف هو نقص المقدار في الكيل أو الوزن وهي كلمة مأخوذه من الطفيف وهو القليل ، لأن من يسرق من المكيال والميزان يقتصر على الشيء الطفيف حتى لا يكتشف.
وفي شأن التطفيف نزل قوله تعالى: {ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظيم يوم يقوم الناس لرب العالمين}
قال ابن عباس هي أول سورة نزلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعة نزل المدينة وكان هذا فيهم ، كانوا إذا اشتروا استوفوا بكيل راجح ، فإذا باعوا بخسوا المكيال والميزان ، فلما نزلت السورة انتهوا ، فهم أوفى الناس كيلا إلى يومهم هذا.

وقال أبو هريرة نزلت في رجل من أهل المدينة كان له صاعان ، يأخذ بأحدهما ، ويعطى بالآخر.
وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا تلتمس المروءة ممن مروءته في رءوس المكاييل ولا ألسنة الموازين. إذا حصل نقص في الكيل أو الوزن دون تعمد من البائع فإنه يستحق المشتري تكملة ما نقص عليه وإذا كان الشراء واقعا على صبرة (أي جملة غير معروفة المقدار) واشترط المشتري أن مقدارها هو كذا ، فظهر إنها أقل أو اكثر كانت العبرة بالمقدار الفعلى ، ويعدل الثمن بالنسبة نقصا أو زيادة.
هذا ، ومن السماحة في البيع أن يرجح الكيل أو الوزن ، وذلك بتوفية المقدار المبيع ثم إضافة شيء يسير

للتأكد من التوفية.

وقد مر علي بن أبي طالب رضي الله عنه على رجل وهو يزن الزعفران ، وقد أرجح ، فأكفأ الميزان (أي أفرغه) ثم قال له: أقم الوزن بالقسط ، ثم أرجح بعد ذلك ما شئت.
قال القرطبي كأنه أمره بالتسوية أولا ليعتادها ويفصل الواجب من النفل (أي الإرجاح المرغب فيه) .

السوم على سوم الغير والبيع على بيع الغير
عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يبع بعضكم على بيع بعض حتى يبتاع.
وفي رواية: لا يبع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي رواية: نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه.

والبيع على البيع هو أن يتراضى البائع والمشتري على ثمن السلعة ويعقدان البيع فيأتي شخص ثالث ويعرض على المشتري أن يبيعه مثلها بثمن اقل ، فيطلب المشترى فسخ الصفقة. .
والشراء على الشراء أن يعرض شخص على البائع بعد تمام الصفقة ثمنا أكثر مما باع به لكى يطلب من المشتري الفسخ. . .
والسوم على السوم أن يحصل الاتفاق بين البائع والمشتري على السلعة فيعرض مشتر آخر ثمنا اكثر ليأخذها دون الذي سامها قبله.
يحرم القيام بإحدى الحالات المشار إليها ، ولكن البيع الثاني يقع صحيحا ، لأن النهي ليس لأمر في ذات المبيع ، فقد استوفى العقد ركنه وشروطه ، وإنما هو لأمر خارجي ، وهو الإيذاء والضرر والإفساد وقد جاء ذكر الأخر في الحديث لزيادة التنفير ولإثارة العطف مع عموم الحرمة فيه وفي غيره.

يستثنى من النهى بيع المزايدة ، بالمناداة على السلعة وزيادة الناس بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها.
فهذا البيع جائز بالسنة والإجماع لأنه قائم أصلا على التنافس ولا يفاجأ المشتري أو المساوم بذلك فلا يتضرر.

روى أنس بن مالك أن رجلا من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم فشكا إليه الحاجة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: ما عندك شيء؟ فأتاه بحلس (بساط) وقدح ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشتري هذا؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم ، قال: من يزيد على درهم؟ فسكت القوم ، فقال: من يزيد على درهم؟ فقال: رجل أنا أخذهما بدرهمين ، قال: هما لك. ثم أمره أن يشترى قدوما يحتطب ويبيع.

ويدل هذا الحديث على مشروعية بيع المزايدة ، في حالة خلوه من التلاعب.

كما يدل على دور ولى الأمر في منع التسول وإيجاد فرص العمل لمعالجة البطالة.

المماطلة والتفليس الكيدي

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مطل الغنى ظلم ، يحل عرضه وعقوبته وفى رواية لي الواجد ظلم أخرجه البخاري وأبو داود والنسائي.

والمماطلة: التسويف وتأخير سداد الدين.

يدل هذا الحديث على تحريم المماطلة بالحقوق التي يحين موعد أدائها مع المقدرة والملاءة.

وهذا موجب للإثم ، ويستحق المماطل العقوبة المعنوية بإغلاظ القول له والتنديد به والتحذير منه ، وكذلك العقوبة الزاجرة له عن فعله.

كما يحق للدائن ملازمته إلى أن يحصل على مستحقاته.

إذا ثبت أن المدين المماطل موسر وقد أخفى أمواله عن دائنه فإنه يحق للمدين رفع أمره إلى القضاء لاتخاذ الوسائل الكفيلة باستخلاص الحق منه ، ومن ذلك حبسه ومضايقته إلى أن يخرج الأموال التي أخفاها.

وإذا عثر القاضي على موجودات للمدين المماطل فإنه يبيعها جبرا عنه ويقضى منها ديونه ، سواء كان السبب المماطلة أو بسبب التفليس كما وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث باع على معاذ رضي الله عنه ماله – حين أفلس – وقضى ديونه.

وإذا لم تكف أموال المدين عند إفلاسه لسداد جميع ديونه فإنها توزع على الدائنين بنسبة ديونهم وهذه الطريقة تسمى قسمة الغرماء.

وقد حثت الآيات والأحاديث على المبادرة لأداء الأمانات والحقوق قال الله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} .

وقال أيضا: {فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه} .

وقال صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من اخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله. أخرجه البخاري.

وقال صلى الله عليه وسلم إن خيركم أحسنكم قضاء أخرجه البخاري ومسلم.." (١)

"ضمان العين المستأجرة

إذا استأجر رجل شيئا للانتفاع به كدار أو سيارة ، فإن يد المستأجر على العين المستأجرة في إجارة المنافع تعتبر يد أمانة ، فلا يضمن ما يتلفه بيده إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ ، ويتقيد في الانتفاع بمقتضى العقد وبما شرط فيها أو جرى به العرف.

ضمان الأجير الخاص

أما الأجير الخاص (وهو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة ، وإن لم يعلم) كالخادم في المنزل والأجير في المحل ، فاتفق أئمة المذاهب الأربعة على أنه لا يكون ضامنا العين التي تسلم إليه للعمل فيها لأنه يده يد أمانة ، كالوكيل والمضارب كما إذا استأجر إنسان خياطا أو حدادا مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده ، فلا يضمن العين التي تهلك في يده ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في حفظه سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله.

ضمان الأجير المشترك

وأما الأجير المشترك (وهو الذي يعمل لعامة الناس ، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس ، كالصانع والصباغ والقصار ونحوهم) فقد اتفق الفقهاء على أنه يضمن إذا تعدى أو فرط ولكنهم اختلفوا في تضمينه في حالة عدم التعدي وعدم التقصير:

فذهب جماعة من الفقهاء إلى عدم تضمين الأجير المشترك وتكون يده يد أمانة كالأجير الخاص ، فلا

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٧٧/١

يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير ، وهذا هو قول أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والحنابلة في الصحيح من مذهبهم ، وأيضا في القول الصحيح للشافعية.

ودليلهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه فإذا جعلناه ضامنا أخذنا ماله بغير رضاه دون سبب شرعي ولأن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى: {فلا عدوان إلا على الظالمين} (البقرة: ١٩٣) ولم يوجد التعدي من هذا الأجير لأنه مأذون في القبض والهلاك ليس هو سببا فيه ، وإذا لم يوجد التعدي لا ضمان.

كما أنهم قاسوا الأجير المشترك على الأجير الخاص وكذلك على مستأجر العين ، فتكون يده يد أمانة مثلهما.

وذهب جماعة من الفقهاء إلى تضمين الأجير المشترك فقال الصاحبان وأحمد في رواية أخرى: يد الأجير المشترك يد ضمان ، فهو ضامن لما يهلك في يده ، ولو بغير تعد أو تقصير منه ، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام ، أو غرق غالب ونحوهما.

قال البغدادي عن بعض كتب الحنفية: وبقول الصالحين يفتى اليوم لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم.

كما ذهب المالكية إلى أنه يضمن الأجير المشترك الذي يؤثره الأعيان بصنع ، ما تلف بيده ولو بغير تعد أو تقصير ، إذا كان الشيء مما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه) فالقصار ضامن لما يتخرق بيده ، والطباخ ضامن لما أفسده من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسده من خبزه ، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه ، أو تلف أثناء عثرته ، والجمال يضمن ما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره ، والملاح يضمن ما تلف من يده ، أو مما يعالج به السفينة وكذلك يضمن الأجير عند الإمام مالك الطعام الذي يحمله إذا كانت تتشوق النفس إلى تناوله سدا للذرائع.

ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: **على اليد ما أخذت** حتى ترده والعامل أخذ العين فوجب عليه ردها أو ضمانها.

وأيضا جاء عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ، ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك.

كما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال: استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعي فضمنها

عمر رضي الله عنه.
وكذلك قضى الخلفاء الراشدين بتضمين الصناع وإن لم يتعدوا ذلك أن التضمين من المصالح العامة فوجب أن يكون مشروعا لأن الصناع يسهل عليهم التصرف فيما تحت أيديهم ويدعون هلاكه ، ففي تضمينهم حفظ لأموال الناس وصيانته.
ما يغير صفة الشيء من أمانة إلى ضمان
إذا كان الشيء المأجور ، كثوب الصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة يعتبر أمانة في يد الأجير ، فذلك بحسب الأصل العام عند أبي حنيفة ومن وافقه.
وبناء عليه ، فقد تتغير صفة الأمانة إلى الضمان في الأحوال التالية:

أولا – الحفظ:
أي أن الأجير يهمل في حفظ المتاع ، فيلتزم بضمانه ، لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه ، وترك الحفظ موجب للضمان ، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

ثانيا – الإتلاف والإفساد:
إذا تعدى الأجير ، بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلا ، ضمن سواء أكان الأجير مشتركا أم خاصا.
وإن لم يكن الأجير متعديا في الإفساد ، بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده: فإن كان الأجير خاصا ، لم يضمن اتفاقا.
وإن كان الأجير مشتركا ، كالقصار إذا دق الثوب فتخرق ، أو ألقاه في المواد الكيماوية فاحترق ، أو كالملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، أو الحمال إذا سقط على الأرض وفسد الحمل ، أو الراعي المشترك إذا ساق الدواب فضرب بعضها بعضا في حال سوقه حتى هلك بعضها ، ففي كل هذه الحالات يكون الهالك مضمونا عند أبي حنيفة وصاحبيه لأن العمل المأذون فيه هو العمل المصلح لا المفسد ، لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ، ولا يلتزم الأجرة بمقابلة الفاسد ، فيتقيد الأمر بما يصلح دلالة.
وذهب الشافعية وزفر إلى أن الأجير في تلك الحالات لا يضمن ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في عمله لأن عمله مأذون فيه في الجملة.

وإذا لم يكن مأذونا فيه فلا يمكنه التحرز عن هذا الفساد ، لأنه ليس في وسعه القيام بأصل مهمته إلا بحرج ، والحرج منفي.

فالبزاغ والفصاد والختان ومثلهم الطبيب الجراح ، إذا كانوا يقومون بعملهم ، ثم سرى أثر العمل إلى تلف النفس والموت فلا ضمان عليهم ، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك.

ثالثا – مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصا أو دلالة:

تكون المخالفة هذه سببا لوجوب الضمان ، وللمخالفة صور وهي إما في الجنس أو القدر أو الصفة أو المكان أو الزمان.

وتحدث المخالفة عادة إما في استئجار الدواب ومثلها السيارات ، وإما في استئجار الصناع.

أ – استئجار الدواب:

في حالة استئجار الدواب إما أن يكون ضرر الدابة من جهة الخفة والثقل ، أو بسبب اختلاف الجنس.

فإذا كان ضرر الدابة من ناحية الخفة والثقل:

فإن كان الشيء المحمول مثل المتفق عليه مع المؤجر أو أخف ، فلا شيء على المستأجر بهلاك الدابة لأن التعيين بشيء محمول لا فائدة منه ، وليس هناك مخالفة في المعنى في تحميل مثل الشيء أو دونه.

وإن كان الشيء المحمول أثقل من المتفق عليه:

فإن كان بخلاف جنسه بأن حمل مكان الشعير الحنطة ، فعطبت الدابة ، فهو ضامن قيمتها ولا أجر عليه لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر ، ولأن الأجر والضمان لا يجتمعان ، لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ، ولا أجرة على الغاصب.

وإن كان الشيء المحمول الذي هو أثقل من جنس المتفق عليه ، بأن حمل أحد عشر رطلا مثلا ، مكان عشرة أرطال ، فإن سلمت الدابة ، فعليه ما سمي من الأجرة ، ولا ضمان عليه.

وإن عطبت ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمة الدابة ، وعليه الأجر الذي سمي ، لأن الدابة ماتت بفعل مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فيقسم التلف على قدر ذلك أي أحد عشر جزءا ، ويضمن بقدر الزيادة.

وإذا كان ضرر الدابة ، لا من حيث الثقل والخفة وإنما بسبب اختلاف الجنس

وذلك كأن يستأجر رجل دابة ليحمل عليها قنطارا من قطن ، فحمل عليها قنطارا من حديد أو أقل فتلفت

الدابة ، فيضمن قيمتها لأن ثقل القطن ينبسط على ظهر الدابة ، وأما ثقل الحديد فيتجمع في موضع واحد ، فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها ، فلم يكن مأذونا فيه ، فصار غاصبا ، فيضمن ولا أجرة لما ذكر سابقا.

ويترتب عليه: أنه لو استأجر رجل دابة ليركبها بنفسه ، فأركبها غيره ممن هو مثله في الثقل ، أو أخف منه ، ضمن قيمتها بالتلف لأن المحافظة هاهنا ، لا من جهة الخفة والثقل ، بل من حيث الخدمة والعلم ، فالناس يختلفون فيها اختلافا واضحا.

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه ، فأركب معه غيره ، فعطبت ، فهو ضامن لنصف قيمتها إذا كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان ، لأن التلف حصل بركوبهما المشتمل على مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فإن كانت الدابة لا تطيق أن يركبها اثنان ، فيضمن جميع قيمتها ، لأنه أتلفها بإركاب غيره.

وإن كانت المخالفة في المكان:

وذلك كأن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم ، فجاوز المكان ، فيضمن كل القيمة.

وأما المخالفة في الزمان:

وذلك كان يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة ، فانتفع بها زيادة على المدة ، فعطبت في يده ، فيضمن القيمة أيضا ، لأنه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المحدودة.

واستئجار السيارات كالدواب ، مع مراعاة العرف والعادة وتقدير الخبراء ، في جعل الضرر مظنونا أو غالبا أو متيقنا في حال زيادة الوزن ، أو كون الحمل عاليا يعرض السيارة للانقلاب ، أو لتجاوز مسافات كثيرة ، أو متابعة السير عليها ليلا ونهارا ، بحيث يحمى المحرك ، فكل ذلك يكون سببا للضمان.

ب – استئجار الصناع:

وأما استئجار الصناع: كالحائك والخائط والصباغ ونحوهم.

ففي حالة المخالفة في الجنس:

وهو كأن يسلم إنسان ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا معينا ، فصبغه بلون آخر: يكون صاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمن الصباغ قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب ، وأعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه.

ومثله أن يسلم رجل قماشا ، خياطا ليخيطه قميصا ، فخاطه معطفا مثلا ، يكون صاحب القماش بالخيار بين أن يضمن الخياط قيمة القماش ، أو أن يأخذ المخيط ، ويعطى أجر المثل.

وأما المخالفة في الصفة:

وهو كأن يسلم صباغا ثوبا ليصبغه بصبغ معين ، فصبغه بصبغ آخر من جنس اللون المتفق عليه ، فيكون صاحب الثوب أيضا مخيرا بين تضمين قيمة الثوب أو أخذه وإعطاء أجر المثل.

وكذلك الخلاف في القدر: مثل أن يسلم شخص غزلا إلى حائك ينسجه بغلظ معين ، ثخين أو رفيع ، فخالف بالزيادة أو بالنقصان ، يكون صاحب الثوب حال الزيادة مخيرا بين تضمين مثل الغزل ، أو أخذ استحقاق الأجرة وتملكها المسمى.." (١)

"الزرقاني على خليل (٥ / ١٥٨)

(والأجرة عليه بخلاف الإقالة والتولية والشركة على الأرجح فكالقرض) الأجرة للكيل والوزن والعد الذي يحصل به التوفية للمشترى على البائع ، لأن التوفية واجبة عليه ، ولا تحصل إلا بذلك. وأجرة الثمن إن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا على المشتري ، لأنه بائعه ، إلا لعرف أو شرط. بخلاف الإقالة والتولية والشركة بعد القبض إذا أقال المشتري أو ولى غيره ما اشتراه أو أشركه فلا أجرة عليه ، لأنه فعل معروفا ، وإنما هي على المقال والمولى والمشرك. ولو كان السائل المقيل أو المولي أو المشرك ، فلا أجرة على مجيبه. . ولما كان القرض أصلا لهذه الثلاثة في أن الأجرة على المقترض ، وهي مقيسة عليه بجامع المعروف قال (فكالقرض) . . . فكأنه قال: لأنها كالقرض. فمن اقترض أردب قمح مثلا ، فأجرة كيله على المقترض ، وإذا رده فأجرة كيله عليه بلا نزاع.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٨٣٩)

(وعليه) أي المستعير (مؤنة ردها) أي العارية ، لحديث العارية مؤداة وحديث **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه و (كمغصوب) بجامع أنه قبضها لا لمصلحة مالكها.

مجلة الأحكام العدلية (ص ١٥٩)

مصاريف رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير. (م٨٣٠)

درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢ / ٣٣٣)

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٢٢/١

تعود مؤونة رد كل عين على من تعود إليه منفعة قبضها ، لقاعدة (الغرم بالغنم) .
إذا أراد المستعير رد العارية التي في يده فمصاريف ردها ومؤنة نقلها عليه ، لأن المنفعة التي تحصل من العارية تعود عليه ، وقد قبض المستعير العارية لمنفعته.
مرشد الحيران (ص ٢١٠)
مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير. (م٧٩٣)." (١)
"مرشد الحيران (ص ٢٢٠ ، ٢٢٢)
يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء ، ويلزم المستودع برد الوديعة إلى صاحبها. (م ٨٣١) .
إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين. فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه إلا بإذن الحاكم. وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها. (م ٨٣٦) .
إذا مات المستودع ، ووجدت الوديعة عينا في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها. (م ٨٣٤) .

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤١٧ ، ٤٢٦)
الإيداع من العقود الجائزة ، فلكل من العاقدين فسخه بالقول أو الفعل الدال عليه. (م ١٣٢٦)
يبطل عقد الإيداع بموت الوديع أو المودع وكذا بجنون أحدهما. (م ١٣٢٧) .
ينعزل الوديع ويبطل العقد بعزل المودع مع علم الوديع بالعزل ، أما قبل علمه فلا ينعزل. (م ١٣٢٨) .
يبطل العقد بعزل الوديع نفسه ، والعين أمانة بيده ، يجب ردها حالا إلى مالكها ، كحكم ثوب أطارته الريح إلى داره. (م ١٣٢٩) .
يبطل العقد بتعدي الوديع. مثلا: لو ركب الدابة لا لسقيها أو لبس الثوب لا لخوف عث عليه ، أو أخرج الدراهم من كيسها ، بطل العقد ، ووجب رد الوديعة حالا إلى مالكها. (م ١٣٣٠) .
إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة ، يجب عليهم ردها حالا دون

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ٦٨٠/١

طلب ربها فلو أخروا الرد بلا عذر ضمنوها لو تلفت. وكذا بطل العقد بعزل الوديع نفسه أو بتعديه ونحو ذلك ، وجب عليه الرد حالا بلا طلب ربها. (م ١٣٦٦) .

المهذب (١ / ٣٦٦)

وتنفسخ – أي الوديعة – بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء كما تنفسخ به الوكالة ، لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

تحفة المحتاج (٧ / ١٠٤)

(وترتفع) الوديعة أي ينتهي حكمها بما ترتفع به الوكالة مما مر فترتفع (بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) أي بقيده السابق في الشركة كما هو ظاهر. . . وبعزل الوديع لنفسه وبعزل المالك له وبالإنكار لغير غرض ، لأنها وكالة في الحفظ ، وهي ترتفع بذلك وبكل فعل مضمن.

روضة القضاة (٢ / ٦١٦)

وتنفسخ – أي الوديعة – بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والإغماء والعزل ، لأنه وكيل في الحفظ ، فصار كالوكيل في التصرف.

كشاف القناع (٤ / ١٨٦)

(وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنون) هـ (و) ب (عزل مع علمه) بالعزل. فإن عزله ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل ، لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا يتصرف فيه ، بخلاف الوكيل.

المغني (٩ / ٢٧٠)

فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها.

المبدع (٥ / ٢٣٣)

وتنفسخ – أي الوديعة – بموت وجنون وعزل مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانة يؤديه إلى مالكه ، فإن تلف قبل التمكن فهدر ، وإن تلف بعده فوجهان.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٤٥٤)

(ووجب ردها) أي الوديعة حيث بطلت (فورا) لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي (ولا تعود وديعة) بغير عقد متجدد.

القواعد لابن رجب (ص ٦٤)

القاعدة الخامسة والأربعون: عقود الأمانات ، هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح. ويتخرج على ذلك مسائل (منها) إذا تعدى في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي ، فلا تعود بدون عقد متجدد. هذا هو المشهور.

إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٦٣)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ، ثم عاد إلى الوفاق ، برئ من الضمان ، وهو قول مالك وقال زفر لا يبرأ. وهو قول الشافعي وأحمد.

وصورة المسألة: إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها. وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك. .

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان. قلنا: العين دخلت في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد ، فإذا وجد الرد إلى نائب المالك ، وجدت غاية انتهاء الضمان.

طريقة الخلاف في الفقه (ص ٢٧١)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان. والوجه فيه أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب ألا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك. وإنما قلنا ذلك ، لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع

بالإعجاز ، لكونه ضررا.

بدائع الصنائع (٦ / ٢١٢)
(ومنها) جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع ، أو نكل المودع عن اليمين ، أو أقر به ، دخلت في ضمانه ، لأن العقد لما ظهر بالحجة ، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فانفسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه ، فيكون مضمونا عليه.

مراجع إضافية
انظر أسنى المطالب (٣ / ٧٦) ، كشاف القناع (٤ / ١٩٥) ، المبسوط (١١ / ١١٧) ، الفنون لابن عقيل (١ / ١٢٩ ، ١٣٠ ، ٣٥٨) ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٩) ، درر الحكام (٢ / ٢٩٠) ، شرح المجلة للأتاسي (٣ / ٢٩٤) ، قرة عيون الأخيار (٢ / ٢٦١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣١)." (١)
"مرشد الحيران (ص ٢٢٠ ، ٢٢٢)
يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء ، ويلزم المستودع برد الوديعة إلى صاحبها. (م ٨٣١) .
إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين. فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه إلا بإذن الحاكم. وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها. (م ٨٣٦) .
إذا مات المستودع ، ووجدت الوديعة عينا في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها. (م ٨٣٤) .

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤١٧ ، ٤٢٦)

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠١٩/١

الإيداع من العقود الجائزة ، فلكل من العاقدين فسخه بالقول أو الفعل الدال عليه. (م ١٣٢٦)
يبطل عقد الإيداع بموت الوديع أو المودع وكذا بجنون أحدهما. (م ١٣٢٧) .
ينعزل الوديع ويبطل العقد بعزل المودع مع علم الوديع بالعزل ، أما قبل علمه فلا ينعزل. (م ١٣٢٨) .
يبطل العقد بعزل الوديع نفسه ، والعين أمانة بيده ، يجب ردها حالا إلى مالكها ، كحكم ثوب أطارته الريح إلى داره. (م ١٣٢٩) .
يبطل العقد بتعدي الوديع. مثلا: لو ركب الدابة لا لسقيها أو لبس الثوب لا لخوف عث عليه ، أو أخرج الدراهم من كيسها ، بطل العقد ، ووجب رد الوديعة حالا إلى مالكها. (م ١٣٣٠) .
إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة ، يجب عليهم ردها حالا دون طلب ربها فلو أخروا الرد بلا عذر ضمنوها لو تلفت. وكذا بطل العقد بعزل الوديع نفسه أو بتعديه ونحو ذلك ، وجب عليه الرد حالا بلا طلب ربها. (م ١٣٦٦) .

المهذب (١ / ٣٦٦)
وتنفسخ – أي الوديعة – بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء كما تنفسخ به الوكالة ، لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

تحفة المحتاج (٧ / ١٠٤)
(وترتفع) الوديعة أي ينتهي حكمها بما ترتفع به الوكالة مما مر فترتفع (بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) أي بقيده السابق في الشركة كما هو ظاهر. . . وبعزل الوديع لنفسه وبعزل المالك له وبالإنكار لغير غرض ، لأنها وكالة في الحفظ ، وهي ترتفع بذلك وبكل فعل مضمن.

روضة القضاة (٢ / ٦١٦)
وتنفسخ – أي الوديعة – بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والإغماء والعزل ، لأنه وكيل في الحفظ ، فصار كالوكيل في التصرف.

كشاف القناع (٤ / ١٨٦)

(وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنون) هـ (و) ب (عزل مع علمه) بالعزل. فإن عزله ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل ، لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا يتصرف فيه ، بخلاف الوكيل.

المغني (٩ / ٢٧٠)
فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها.

المبدع (٥ / ٢٣٣)
وتنفسخ – أي الوديعة – بموت وجنون وعزل مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانة يؤديه إلى مالكه ، فإن تلف قبل التمكن فهدر ، وإن تلف بعده فوجهان.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٤٥٤)
(ووجب ردها) أي الوديعة حيث بطلت (فورا) لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي (ولا تعود وديعة) بغير عقد متجدد.

القواعد لابن رجب (ص ٦٤)
القاعدة الخامسة والأربعون: عقود الأمانات ، هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح. ويتخرج على ذلك مسائل (منها) إذا تعدى في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي ، فلا تعود بدون عقد متجدد. هذا هو المشهور.

إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٦٣)
مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ، ثم عاد إلى الوفاق ، برئ من الضمان ، وهو قول مالك وقال زفر لا يبرأ. وهو قول الشافعي وأحمد.
وصورة المسألة: إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها. وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك. .

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان. قلنا: العين دخلت في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد ، فإذا وجد الرد إلى نائب المالك ، وجدت غاية انتهاء الضمان.

طريقة الخلاف في الفقه (ص ٢٧١)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان. والوجه فيه أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب ألا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك. وإنما قلنا ذلك ، لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا.

بدائع الصنائع (٦ / ٢١٢)

(ومنها) جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع ، أو نكل المودع عن اليمين ، أو أقر به ، دخلت في ضمانه ، لأن العقد لما ظهر بالحجة ، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فانفسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه ، فيكون مضمونا عليه.

مراجع إضافية

(انظر أسنى المطالب (٣ / ٧٦) ، كشاف القناع (٤ / ١٩٥) ، المبسوط (١١ / ١١٧) ، الفنون لابن عقيل (١ / ١٢٩) ، ١٣٠ ، ٣٥٨ ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٩) ، درر الحكام (٢ / ٢٩٠) ، شرح المجلة للأتاسي (٣ / ٢٩٤) ، قرة عيون الأخيار (٢ / ٢٦١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣١)." (١)

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠٢٢/١

"مرشد الحيران ص ٢٢٠ ، ٢٢٢

يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء ، ويلزم المستودع برد الوديعة إلى صاحبها. (م ٨٣١) .

إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين. فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه إلا بإذن الحاكم. وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها. (م ٨٣٦) .

إذا مات المستودع ، ووجدت الوديعة عينا في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها. (م ٨٣٤) .

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤١٧ ، ٤٢٦)

الإيداع من العقود الجائزة ، فلكل من العاقدين فسخه بالقول أو الفعل الدال عليه. (م ١٣٢٦)

يبطل عقد الإيداع بموت الوديع أو المودع وكذا بجنون أحدهما. (م ١٣٢٧) .

ينعزل الوديع ويبطل العقد بعزل المودع مع علم الوديع بالعزل ، أما قبل علمه فلا ينعزل. (م ١٣٢٨) .

يبطل العقد بعزل الوديع نفسه ، والعين أمانة بيده ، يجب ردها حالا إلى مالكها ، كحكم ثوب أطارته الريح إلى داره. (م ١٣٢٩) .

يبطل العقد بتعدي الوديع. مثلا: لو ركب الدابة لا لسقيها أو لبس الثوب لا لخوف عث عليه ، أو أخرج الدراهم من كيسها ، بطل العقد ، ووجب رد الوديعة حالا إلى مالكها. (م ١٣٣٠) .

إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة ، يجب عليهم ردها حالا دون طلب ربها فلو أخروا الرد بلا عذر ضمنوها لو تلفت. وكذا بطل العقد بعزل الوديع نفسه أو بتعديه ونحو ذلك ، وجب عليه الرد حالا بلا طلب ربها. (م ١٣٦٦) .

المهذب (١ / ٣٦٦)

وتنفسخ – أي الوديعة – بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء كما تنفسخ به الوكالة ، لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

تحفة المحتاج (٧ / ١٠٤)

(وترتفع) الوديعة أي ينتهي حكمها بما ترتفع به الوكالة مما مر ـترتفع (بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) أي بقيده السابق في الشركة كما هو ظاهر. . . وبعزل الوديع لنفسه وبعزل المالك له وبالإنكار لغير غرض ، لأنها وكالة في الحفظ ، وهي ترتفع بذلك وبكل فعل مضمن.

روضة القضاة (٢ / ٦١٦)

وتنفسخ - أي الوديعة - بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والإغماء والعزل ، لأنه وكيل في الحفظ ، فصار كالوكيل في التصرف.

كشاف القناع (٤ / ١٨٦)

(وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنون) هـ (و) ب (عزل مع علمه) بالعزل. فإن عزله ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل ، لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا يتصرف فيه ، بخلاف الوكيل.

المغني (٩ / ٢٧٠)

فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها.

المبدع (٥ / ٢٣٣)

وتنفسخ - أي الوديعة - بموت وجنون وعزل مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانة يؤديه إلى مالكه ، فإن تلف قبل التمكن فهدر ، وإن تلف بعده فوجهان.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٤٥٤)

(ووجب ردها) أي الوديعة حيث بطلت (فورا) لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي (ولا تعود وديعة) بغير عقد متجدد.

القواعد لابن رجب (ص ٦٤)

القاعدة الخامسة والأربعون: عقود الأمانات ، هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب أن الأمانة

المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح. ويتخرج على ذلك مسائل (منها) إذا تعدى في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي ، فلا تعود بدون عقد متجدد. هذا هو المشهور.

إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٦٣)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ، ثم عاد إلى الوفاق ، برئ من الضمان ، وهو قول مالك وقال زفر لا يبرأ. وهو قول الشافعي وأحمد.

وصورة المسألة: إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها. وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك. .

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان. قلنا: العين دخلت في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد ، فإذا وجد الرد إلى نائب المالك ، وجدت غاية انتهاء الضمان.

طريقة الخلاف في الفقه (ص ٢٧١)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان. والوجه فيه أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب ألا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك. وإنما قلنا ذلك ، لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا.

بدائع الصنائع (٦ / ٢١٢)

(ومنها) جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع ، أو نكل المودع عن اليمين ، أو أقر به ، دخلت في ضمانه ، لأن العقد لما ظهر بالحجة ، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فانفسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه ، فيكون مضمونا عليه.

مراجع إضافية

(انظر أسنى المطالب (٣ / ٧٦) ، كشاف القناع (٤ / ١٩٥) ، المبسوط (١١ / ١١٧) ، الفنون لابن عقيل (١ / ١٢٩) ، ١٣٠ ، ٣٥٨ ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٩) ، درر الحكام (٢ / ٢٩٠) ، شرح المجلة للأتاسي (٣ / ٢٩٤) ، قرة عيون الأخيار (٢ / ٢٦١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣١)." (١)

"مرشد الحيران ص ٢٢٠ ، ٢٢٢

يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء ، ويلزم المستودع برد الوديعة إلى صاحبها. (م ٨٣١) .

إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين. فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه إلا بإذن الحاكم. وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها. (م ٨٣٦) .

إذا مات المستودع ، ووجدت الوديعة عينا في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها. (م ٨٣٤) .

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤١٧ ، ٤٢٦)

الإيداع من العقود الجائزة ، فلكل من العاقدين فسخه بالقول أو الفعل الدال عليه. (م ١٣٢٦)

يبطل عقد الإيداع بموت الوديع أو المودع وكذا بجنون أحدهما. (م ١٣٢٧) .

ينعزل الوديع ويبطل العقد بعزل المودع مع علم الوديع بالعزل ، أما قبل علمه فلا ينعزل. (م ١٣٢٨) .

يبطل العقد بعزل الوديع نفسه ، والعين أمانة بيده ، يجب ردها حالا إلى مالكها ، كحكم ثوب أطارته الريح إلى داره. (م ١٣٢٩) .

يبطل العقد بتعدي الوديع. مثلا: لو ركب الدابة لا لسقيها أو لبس الثوب لا لخوف عث عليه ، أو أخرج الدراهم من كيسها ، بطل العقد ، ووجب رد الوديعة حالا إلى مالكها. (م ١٣٣٠) .

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١/١٠٢٥

إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة ، يجب عليهم ردها حالا دون طلب ربها فلو أخروا الرد بلا عذر ضمنوها لو تلفت. وكذا بطل العقد بعزل الوديع نفسه أو بتعديه ونحو ذلك ، وجب عليه الرد حالا بلا طلب ربها. (م ١٣٦٦) .

المهذب (١ / ٣٦٦)
وتنفسخ – أي الوديعة – بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء كما تنفسخ به الوكالة ، لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

تحفة المحتاج (٧ / ١٠٤)
(وترتفع) الوديعة أي ينتهي حكمها بما ترتفع به الوكالة مما مر فترتفع (بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) أي بقيده السابق في الشركة كما هو ظاهر. . . وبعزل الوديع لنفسه وبعزل المالك له وبالإنكار لغير غرض ، لأنها وكالة في الحفظ ، وهي ترتفع بذلك وبكل فعل مضمن.

روضة القضاة (٢ / ٦١٦)
وتنفسخ – أي الوديعة – بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والإغماء والعزل ، لأنه وكيل في الحفظ ، فصار كالوكيل في التصرف.

كشاف القناع (٤ / ١٨٦)
(وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنون) هـ (و) ب (عزل مع علمه) بالعزل. فإن عزله ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل ، لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا يتصرف فيه ، بخلاف الوكيل.

المغني (٩ / ٢٧٠)
فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها.

المبدع (٥ / ٢٣٣)
وتنفسخ – أي الوديعة – بموت وجنون وعزل مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانة يؤديه إلى

مالكه ، فإن تلف قبل التمكن فهدر ، وإن تلف بعده فوجهان.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٤٥٤)
(ووجب ردها) أي الوديعة حيث بطلت (فورا) لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي (ولا تعود وديعة) بغير عقد متجدد.

القواعد لابن رجب (ص ٦٤)
القاعدة الخامسة والأربعون: عقود الأمانات ، هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح. ويتخرج على ذلك مسائل (منها) إذا تعدى في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي ، فلا تعود بدون عقد متجدد. هذا هو المشهور.

إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٦٣)
مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ، ثم عاد إلى الوفاق ، برئ من الضمان ، وهو قول مالك وقال زفر لا يبرأ. وهو قول الشافعي وأحمد.
وصورة المسألة: إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها. وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك. .
احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان. قلنا: العين دخلت في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد ، فإذا وجد الرد إلى نائب المالك ، وجدت غاية انتهاء الضمان.

طريقة الخلاف في الفقه (ص ٢٧١)
مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان. والوجه فيه أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب ألا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك. وإنما قلنا ذلك ، لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد المانعة عن

المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا.

بدائع الصنائع (٦ / ٢١٢)

(ومنها) جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع ، أو نكل المودع عن اليمين ، أو أقر به ، دخلت في ضمانه ، لأن العقد لما ظهر بالحجة ، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فانفسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه ، فيكون مضمونا عليه.

مراجع إضافية

(انظر أسنى المطالب (٣ / ٧٦) ، كشاف القناع (٤ / ١٩٥) ، المبسوط (١١ / ١١٧) ، الفنون لابن عقيل (١ / ١٢٩) ، ١٣٠ ، ٣٥٨ ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٩) ، درر الحكام (٢ / ٢٩٠) ، شرح المجلة للأتاسي (٣ / ٢٩٤) ، قرة عيون الأخيار (٢ / ٢٦١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣١)." (١)

"مرشد الحيران ص ٢٢٠ ، ٢٢٢

يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء ، ويلزم المستودع برد الوديعة إلى صاحبها. (م ٨٣١) .

إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين. فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه إلا بإذن الحاكم. وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها. (م ٨٣٦) .

إذا مات المستودع ، ووجدت الوديعة عينا في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها. (م ٨٣٤) .

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠٢٨/١

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤١٧ ، ٤٢٦)

الإيداع من العقود الجائزة ، فلكل من العاقدين فسخه بالقول أو الفعل الدال عليه. (م ١٣٢٦)

يبطل عقد الإيداع بموت الوديع أو المودع وكذا بجنون أحدهما. (م ١٣٢٧) .

ينعزل الوديع ويبطل العقد بعزل المودع مع علم الوديع بالعزل ، أما قبل علمه فلا ينعزل. (م ١٣٢٨) .

يبطل العقد بعزل الوديع نفسه ، والعين أمانة بيده ، يجب ردها حالا إلى مالكها ، كحكم ثوب أطارته الريح إلى داره. (م ١٣٢٩) .

يبطل العقد بتعدي الوديع. مثلا: لو ركب الدابة لا لسقيها أو لبس الثوب لا لخوف عث عليه ، أو أخرج الدراهم من كيسها ، بطل العقد ، ووجب رد الوديعة حالا إلى مالكها. (م ١٣٣٠) .

إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة ، يجب عليهم ردها حالا دون طلب ربها فلو أخروا الرد بلا عذر ضمنوها لو تلفت. وكذا بطل العقد بعزل الوديع نفسه أو بتعديه ونحو ذلك ، وجب عليه الرد حالا بلا طلب ربها. (م ١٣٦٦) .

المهذب (١ / ٣٦٦)

وتنفسخ – أي الوديعة – بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء كما تنفسخ به الوكالة ، لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.

تحفة المحتاج (٧ / ١٠٤)

(وترتفع) الوديعة أي ينتهي حكمها بما ترتفع به الوكالة مما مر فترتفع (بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) أي بقيده السابق في الشركة كما هو ظاهر. . . وبعزل الوديع لنفسه وبعزل المالك له وبالإنكار لغير غرض ، لأنها وكالة في الحفظ ، وهي ترتفع بذلك وبكل فعل مضمن.

روضة القضاة (٢ / ٦١٦)

وتنفسخ – أي الوديعة – بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والإغماء والعزل ، لأنه وكيل في الحفظ ، فصار كالوكيل في التصرف.

كشاف القناع (٤ / ١٨٦)

(وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنون) هـ (و) ب (عزل مع علمه) بالعزل. فإن عزله ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل ، لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا يتصرف فيه ، بخلاف الوكيل.

المغني (٩ / ٢٧٠)

فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها.

المبدع (٥ / ٢٣٣)

وتنفسخ – أي الوديعة – بموت وجنون وعزل مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانة يؤديه إلى مالكه ، فإن تلف قبل التمكن فهدر ، وإن تلف بعده فوجهان.

شرح منتهى الإرادات (٢ / ٤٥٤)

(ووجب ردها) أي الوديعة حيث بطلت (فورا) لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي (ولا تعود وديعة) بغير عقد متجدد.

القواعد لابن رجب (ص ٦٤)

القاعدة الخامسة والأربعون: عقود الأمانات ، هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح. ويتخرج على ذلك مسائل (منها) إذا تعدى في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي ، فلا تعود بدون عقد متجدد. هذا هو المشهور.

إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٦٣)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ، ثم عاد إلى الوفاق ، برئ من الضمان ، وهو قول مالك وقال زفر لا يبرأ. وهو قول الشافعي وأحمد.

وصورة المسألة: إذا كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها. وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب

، ومعاودة الحفظ للمالك. .

احتجوا بما مر من قوله صلى الله عليه وسلم **على اليد ما أخذت** حتى تؤديه وبالمخالفة وجب عليه الضمان. قلنا: العين دخلت في ضمانه مؤقتا إلى غاية الرد ، فإذا وجد الرد إلى نائب المالك ، وجدت غاية انتهاء الضمان.

طريقة الخلاف في الفقه (ص ٢٧١)

مسألة: المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان. والوجه فيه أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب ألا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك. وإنما قلنا ذلك ، لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا.

بدائع الصنائع (٦ / ٢١٢)

(ومنها) جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع ، أو نكل المودع عن اليمين ، أو أقر به ، دخلت في ضمانه ، لأن العقد لما ظهر بالحجة ، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فانفسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه ، فيكون مضمونا عليه.

مراجع إضافية

انظر أسنى المطالب (٣ / ٧٦) ، كشاف القناع (٤ / ١٩٥) ، المبسوط (١١ / ١١٧) ، الفنون لابن عقيل (١ / ١٢٩ ، ١٣٠ ، ٣٥٨) ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٩) ، درر الحكام (٢ / ٢٩٠) ، شرح المجلة للأتاسي (٣ / ٢٩٤) ، قرة عيون الأخيار (٢ / ٢٦١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣١)." (١)

---

(١) فقه المعاملات مجموعة من المؤلفين ١٠٣١/١

"لما أفسد من خبزه، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه، أو تلف أثناء عثرته، والجمال يضمن ما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره، والملاح يضمن ما تلف من يده أو مما يعالج به السفينة (١). ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم **«على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» (٢) وماروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا» وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطا لأموال الناس (٣)، ولأن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق، فيضمن كالمستعير (٤).

وكذلك عند الإمام مالك يضمن الأجير الطعام الذي يحمله إذا كانت تتوق النفس إلى تناوله سدا للذرائع.

ما يغير الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان: إذا كان الشيء المأجور،

---

(١) وفصل ابن جزي المالكي فقال: يضمن الصناع ما غابوا عليه أي أخفوه، سواء عمل بأجرة أو بغير أجرة، ولا يضمنون ما لم يغيبوا عليه، وهذا هو المعتمد لدى المالكية (الشرح الصغير: ٤٧/ ٤).

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب، ورواه أيضا الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (انظر جامع الأصول: ٩ ص ١١٠، نصب الراية: ٤ ص ١٦٧، التلخيص الحبير: ص ٢٥٣، المقاصد الحسنة: ص ٢٩٠، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٩٨، سبل السلام: ٣ ص ٦٧).

(٣) حديث عمر أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه أن عمر ضمن الصناع. وأما حديث علي فرواه البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف، قال الشافعي: هذا لا يثبت أهل الحديث مثله، ولفظه: أن عليا ضمن الغسال والصباغ، قال الشافعي: «لا يصلح الناس إلا ذلك» وروي عن عثمان من وجه أضعف من هذا، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصائغ، وقال: «لا يصلح الناس إلا ذاك» (انظر التلخيص الحبير: ص ٢٥٦، سنن البيهقي: ١٢٢/ ٦، كنز العمال: ١٩١/ ٢ وما بعدها).

(٤) بداية المجتهد: ٢ ص ٢٢٩، ٢٣٠، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٧ ومابعدها،

المغني: ٥ ص ٤٧٩ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٦، الفروق للقرافي: ٢ ص ٢٠٧، ٤ ص ١١، ٢٧.." (١)

"ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» (١)، ولأنه مال لغيره، أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة كالرهن، ومن غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالمغصوب.
وأضاف الحنابلة أن المستعير لو استعاروقفا ككتب علم وأدرع موقوفة على المجاهدين فتلفت بغير تفريط ولا تعد، فلا ضمان، لكون تعلم العلم وتعليمه والجهاد من المصالح العامة.
والخلاصة: إن يد المستعير يد ضمان عند الشافعية والحنابلة، ويد أمانة عند الحنفية والمالكية، على التفصيل السابق عند المالكية والشافعية.
ويبرأ المستعير برد العارية إلى من جرت العادة بتسلم الشيء منه كزوجة وخازن ووكيل عام في قبض الحقوق.

شرط المعير الضمان: قال الحنفية: إذا شرط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الاشتراط باطلا، وبه يفتى، كما في الوديعة، وكشرط عدم الضمان في الرهن، لأن في ذلك تغييرا لمقتضى العقد (٢).
وقال المالكية: إذا اشترط المعير الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه الضمان، لا يضمنه المستعير بإجارة المثل في استعماله العارية؛ لأن الشرط يخرج

---

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة. وصححه الحاكم عن الحسن بن سمرة بن جندب، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» زاد أبو داود والترمذي قال قتادة: «ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه، يعني العارية» ورواه الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (راجع جامع الأصول: ١١٠/ ٩، نصب الراية: ١٦٧/ ٤، التلخيص الحبير: /٢٥٣، المقاصد الحسنة: /٢٩٠، نيل الأوطار: ٢٩٨/ ٥، سبل السلام: ٦٧/ ٣).
(٢) حاشية ابن عابدين: ٥١٦/ ٤، ٥٢٥، مجمع الضمانات: /٥٥.." (٢)

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٣٨٤٩/٥
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٠٥٠/٥

"وأما السنة: فقوله صلى الله عليه وسلم: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» (١) وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» (٢) «من أخذ شبرا من الأرض ظلما، فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين» (٣) «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» (٤) ونحوها من الأحاديث.

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب. وهو معصية كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة.

ثانيا ـ تعريف الغصب: الغصب لغة: أخذ الشيء ظلما، أو قهرا جهارا. وشرعا: له عند الفقهاء في الجملة حقيقتان تختلفان جذريا عند الحنفية وغيرهم.

١ - عند الحنفية (٥): الغصب: هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك، على وجه يزيل يده.

أخذ المال: يشمل المغصوب وغيره، وقولهم (متقوم) لإخراج غير المتقوم كالخمر والخنزير، وقولهم (محترم) احتراز عن مال الحربي فإنه غير محترم.

والمراد بغير إذن المالك: لإخراج المأذون فيه كالموهوب وغيره مما يتم المبادلة عليه بعقد من العقود. والقيد الأخير: (إزالة يد المالك) لا بد منها لتصور معنى الغصب عند الحنفية، فلا تعتبر زوائد المغصوب كالولد والثمرة مضمونة عندهم.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكرة رضي الله عنه، ورواه مسلم عن جابر، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر بمنى (سبل السلام: ٧٣/ ٣).

(٢) رواه أبو إسحاق الجوزجاني، ورواه الدارقطني عن أنس، وعن عمرو بن يثربي (نيل الأوطار: ٣١٦/ ٥، نصب الراية: ١٦٩/ ٤).

(٣) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن سعيد بن زيد (نيل الأوطار: ٣١٧/ ٥).

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب (سبل السلام: ٦٧/ ٣).

(٥) تكملة فتح القدير مع العناية: ٣٦١/ ٧ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ١٨٨/ ٢.." [1]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٧٨٧/٦

"هي سبب وجوب الرد، وشرط الرد ومكانه ومؤنته، وما يصير به المالك مستردا (١).

اتفق الفقهاء على أنه يجب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها لقوله صلى الله عليه وسلم: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا، ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه، فليردها عليه» (٢) وترد إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن.

ومؤنة الرد (نفقته) على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية.

ويصير المالك مستردا للمغصوب: بإثبات يده عليه، لأنه صار مغصوبا بتفويت يده عنه. فإذا أثبت يده عليه، فقد أعاده إلى يده، وزالت يد الغاصب عنه، إلا أن يغصبه مرة أخرى.

ويبرأ الغاصب من الضمان بالرد، سواء علم المالك بحدوث الرد أم لم يعلم؛ لأن إثبات اليد على الشيء أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه.

الحكم الثالث ـ ضمان المغصوب إذا هلك: والكلام فيه يتناول عدة مواضع هي مايأتي:

١ – كيفية الضمان:

إذا هلك المغصوب أو تلف أو أتلف عند الغاصب، وكان من المنقولات عند

---

(١) البدائع: ١٤٨/ ٧، الدر المختار: ١٢٨/ ٥، تكملة الفتح: ٣٦٧/ ٧، الميزان: ٨٨/ ٢.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه (نيل الأوطار: ٣١٦/ ٥).." [١]

"وقال مالك: لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيرا: «أرسله حيث وجدته». ولكن المشهور في مذهب المالكية أن الملتقط يضمن اللقطة إذا ردها لموضعها أو لغيره بعد أخذها للحفظ.

ورأى الشافعية والحنابلة: أنه إذا أخذ اللقطة إنسان، ثم ردها إلى موضعها ضمنها؛ لأنها أمانة صارت في يده، فلزمه حفظها، فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة.

فصار رأي الجمهور هو وجوب الضمان برد اللقطة إلى مكانها.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٦/٤٨٠٠

ب ـ ويضمن الملتقط اللقطة إذا دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي؛ لأنه يجب عليه حفظها بنفسه، بالتزامه الحفظ بالالتقاط.

جـ ـ فإن هلكت اللقطة في يد الملتقط: فإن أشهد على اللقطة، بأن قال للناس:

(إني وجدت لقطة، فمن طلبها فدلوه علي): فإنه لا يضمن. وإن لم يشهد فعند أبي حنيفة ومحمد: يضمن. وعند أبي يوسف: لا يضمن إذا كان قد أخذ اللقطة ليردها إلى صاحبها، ويحلف على فعله إن لم يصدقه صاحبها، كما ذكرت قريبا.

د ـ ولو أقر الملتقط أنه كان قد أخذ اللقطة ليمتلكها لنفسه، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؛ لأنه ظهر أنه أخذها غصبا، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك (١) لقوله صلى الله عليه وسلم: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» (٢).

---

(١) راجع البدائع: ٦/ ٢٠١، المبسوط: ١١/ ١١، ١٣، بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٤، المغني: ٥/ ٦٩٤، مغني المحتاج: ٢/ ٤١١.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن الحسن بن سمرة، وصححه الحاكم (نيل الأوطار: ٥/ ٢٩٨، نصب الراية: ٤/ ١٦٧).." [١]

"يجعل النظام الاقتصادي الإسلامي أبعد عن النظام الرأسمالي القائم في أصله على أساس من الحرية الفردية المطلقة.

لذا فإنه يحق للدولة التدخل في الملكيات غير المشروعة، كالملكية الحادثة بالسلب والقهر أو الاغتصاب، فترد الأموال إلى أصحابها أو تصادرها، وتستولي عليها بغير تعويض، سواء أكانت منقولة أم عقارية، لقوله صلى الله عليه وسلم: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه» (١) وقوله: «ليس لعرق ظالم حق» (٢)، وقوله: «من زرع أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته» (٣).

وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشاطر بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولاياتهم بأموال لم تكن لهم، استجابة لمصلحة عامة، وهو البعد بالملكية عن الشبهات، وعن اتخاذها وسيلة للثراء غير المشروع، وكذلك يحق للدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل في التوزيع، سواء في حق أصل الملكية،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٨٦٠/٦

أو منع المباح، أو في تقييد حرية التملك الذي هو من باب تقييد المباح، والملكية من المباحات قبل الإسلام وبعده إذا أدى استعمال الملك إلى ضرر عام. وعلى هذا فيحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيودا على الملكية الزراعية، فيحددها بمقدار مساحة معينة، أو ينتزعها من أصحابها إذا عطلها أو أهملها حتى خربت، أو ينزع ملكيتها من أي شخص مع دفع تعويض عادل عنها، إذا اقتضت المصلحة العامة أو النفع العام ذلك.

كماحدث في وقتنا الحاضر من تأميم المصارف والشركات الكبرى، وكما فعل عمر بن الخطاب في سبيل توسعة المسجد الحرام حينما ضاق على الناس،

---

(١) أخرجه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) والحاكم عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير رحمه الله تعالى.

(٣) أخرجه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي عن رافع بن خديج رضي الله عنه.." [١]

"ثم اختلفوا فيما إذا تاب قبل القدرة عليه ورفعه إلى الحاكم على قولين، تقدم بسطهما في مقدمة «كتاب الحدود» ورجحنا هناك أن التوبة تسقط الحد عموما، ومما يدل على ذلك في حد السرقة قوله تعالى - عقب ذكر عقوبة السارق: {فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم} (١). وهو يدل على أن التائب لا يقام عليه الحد، إذ لو أقيم عليه الحد بعد التوبة لما كان لذكرها فائدة.

وهذا مهب الشافعية - في أصح القولين - والحنابلة في رواية (٢).

لكن تبقى مسألة وهي:

هل من شرط التوبة ضمان المسروق ورده لصاحبه؟ (٣)

١ - إن كانت العين المسروقة موجودة: فأجمعوا على أن من شرط صحة توبته: أداؤها إلى صاحبها، سواء كان السارق موسرا أو معسرا، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره.

٢ - إن كانت العين المسروقة قد تلفت: فإن لم يقم الحد على السارق لسبب يمنع القطع فيجب عليه رد قيمة المسروق بلا خلاف.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٤٩٩٢/٧

وإن كان أقيم عليه الحد، اختلف العلماء في وجوب ضمان المسروق على

ثلاثة أقوال:

الأول: يلزمه الضمان لتمام توبته سواء كان موسرا أو معسرا: وهو مذهب الجمهور، منهم: الشافعي وأحمد وإسحاق والليث والنخعي والحسن والزهري وغيرهم، قالوا: لأن هذه العين تعلق بها حقان: حق لله، وحق لمالكها، وهما حقان لمستحقين متباينين فلا يبطل أحدهما الآخر، بل يستوفيان معا، أن القطع حق لله، والضمان حق لمالكها.

وقد روي من طريق الحسن عن سمرة مرفوعا: «**على اليد ما أخذت** حتى تؤدي» (٤).

---

(١) سورة المائدة: ٣٩.

(٢) «فتح القدير» (٥/ ٤٢٩)، و «الخرشي» (٨/ ١٠٣)، و «قليوبي» (٤/ ٢٠١)، و «المحلي» (١١/ ١٢٩)، و «المغني» (٨/ ٢٨١ - مكتبة القاهرة)، وانظر مبحث «أثر التوبة في الحدود».

(٣) «المبسوط» (٩/ ١٥٦)، «والبدائع» (٧/ ٨٤)، و «فتح القدير» (٥/ ٤١٣)، و «بداية المجتهد» (٢/ ٤٤٢)، و «القوانين» (ص ٣٦١)، و «أسنى المطالب» (٤/ ١٥٢)، و «قليوبي» (٤/ ١٩٨)، و «المغني» (١٠/ ٢٧٩)، و «كشاف القناع» (٦/ ١٤٩).

(٤) ضعيف: أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجة (٢٤٠٠).." [١]

"لا، لا يباع بمبلغ كبير، هذه الطبعة على كل حال لا تباع بمبلغ كبير، فليهنأ صاحبها باقتنائها وقراءتها.

رجل وجد شاة في فلاة، ولم ير لها صاحبا فهل له أن يأخذها ويأكلها؟ ثم إن وجد صاحبها بعد ذلك وطالبه بقيمة الشاة في هذه المسألة؟

على كل إذا وجد شاة ضالة عن صاحبها وغلب على ظنه أنها تتعرض للذئب فيأكلها فلا يستفيد منها أحد، حينئذ هي له أو لأخيه أو للذئب، هذا إذا غلب على ظنه أنها تفوت على صاحبها أو على غيره ممن يستفيدون منها، جاء في الحديث الصحيح: ((هي لك أو لأخيك أو للذئب)) لكن إذا غلب على ظنه أن صاحبها قريب منها، أو أنها لا تتعرض لسباع ونحوها ويجدها صاحبها فمثل هذا لا يتعرض لها.

---

(١) صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة كمال ابن السيد سالم ١٣٦/٤

سم.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني -رحمه الله تعالى-:

باب: العارية

عن سمرة بن جندب -رضي الله تعالى عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ((**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه)) رواه أحمد والأربعة، وصححه الحاكم.

وعن أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ((أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)) رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وصححه الحاكم، واستنكره أبو حاتم الرازي.

وعن يعلى بن أمية -رضي الله تعالى عنه- قال: قال لي رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ((إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا)) قلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة؟ قال: ((بل عارية مؤداة)) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وصححه ابن حبان.

وعن صفوان بن أمية -رضي الله تعالى عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- استعار منه دروعا يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ قال: ((بل عارية مضمونة)) رواه أبو داود والنسائي، وصححه الحاكم، وأخرج له شاهدا ضعيفا عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما-.

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فيقول المؤلف -رحمه الله تعالى-:

باب: العارية." (١)

"قال -رحمه الله-: "عن سمرة بن جندب -رضي الله تعالى عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ((**على اليد ما أخذت** حتى تؤديها)) رواه الإمام أحمد والأربعة، وصححه الحاكم" هذا الحديث المخرج في المسند والسنن، وصححه الحاكم في مستدركه، وتصحيحه من تساهله -رحمه الله-

(١) شرح بلوغ المرام - عبد الكريم الخضير عبد الكريم الخضير ٦/٨٧

، وقد عرف بذلك وإلا فهو من رواية الحسن عن سمرة، وقد اختلف أهل العلم فيما يرويه الحسن عن سمرة، هل له حكم الاتصال أو أن الحسن لم يسمع من سمرة مطلقا؟ يعني هل سمع منه مطلقا أو لم يسمع منه مطلقا؟ أو سمع منه حديث العقيقة دون غيره؟ على كل حال سماعه لحديث العقيقة مؤكد، في صحيح البخاري عن حبيب بن الشهيد قال لي محمد بن سيرين: سل الحسن ممن سمع حديث العقيقة؟ فقال: من سمرة، هذا في البخاري، فسماعه لحديث العقيقة لا إشكال فيه، ومن أهل العلم من ينفي السماع مطلقا سماع الحسن، ويقول: إن هذا السماع مثل قول الحسن: حدثنا أبو هريرة، وهو لم يسمع منه، وإنما حدث أهل المدينة وهو فيها، ومنهم من يقول: الحسن إمام من أئمة المسلمين، وثقة من ثقاتهم، وثبت أنه سمع حديث العقيقة، فما المانع من سماعه غيره من الأحاديث؟ فيثبت سماع الحسن من سمرة مطلقا، وإثبات سماع الحسن من سمرة، وهو قول علي بن المديني والبخاري والترمذي، والنفي مطلقا هو قول يحيى بن سعيد القطان ويحيى بن معين وابن حبان، واختار النسائي وابن عساكر وجمع من أهل العلم أنه لا يثبت سماعه من سمرة إلا في حديث العقيقة الذي أورده البخاري -رحمه الله تعالى-، أورد قصته، في مثل هذه الحالة إذا ثبت السماع ثبت من باب أولى اللقاء، ثبت اللقاء، فالحسن لقي سمرة فإذا روى عمن لقيه، إذا روى الراوي عمن لقيه بصيغة صرح فيها بالتحديث هذا ما فيه إشكال؛ لأنه إن كان قد سمع منه فهو الأصل، وإن لم يسمع منه فهو كاذب، والمسألة مفترضة في ثقة كالحسن، يعني إذا صرح بالتحديث فلا إشكال، لكن إذا روى عمن سمعه، يعني سمع منه أحاديث أو حديث ثم روى عنه بالعنعنة كما هنا، يعني الحسن عن سمرة، فهل يحمل على الإتصال أو لا يحمل على الاتصال؟ ينظر في الراوي إن كان موصوفا بالتدليس فلا حتى يصرح، وإن برئ من وصمة التدليس قبلت عنعنته، والحسن." (١)

"مدلس، بل شديد التدليس، فلا يقبل مثل هذا إلا إذا صرح، فقد عنعن هنا، فالمرجح عند أهل الصناعة تضعيف هذا الخبر؛ لأنه من رواية الحسن عن سمرة ولم يصرح بالتحديث، والجمهور على أنه لم يسمع منه إلا حديث العقيقة.

((**على اليد ما أخذت**)) التنصيص على اليد بناء على أن الأخذ والإعطاء بها، إنما يكون باليد، لو قدر أن أقطع اليدين أخذ شيئا إما عارية أو غير عارية مما يجب رده، غصب أو سرقة وما أشبه ذلك، هو أقطع ليست له يد، بل ليس له يدان، عليه أن يرد أو ليس عليه أن يرد؟ والتنصيص على اليد لأنها هي الأصل في

---

(١) شرح بلوغ المرام - عبد الكريم الخضير عبد الكريم الخضير ٨/٨٧

الأخذ والإعطاء، **على اليد ما أخذت** على أي وجه كان، سواء كانت عارية أو سرقة أو غصب أو ما أشبه ذلك، عليه أن يرد.." (١)

"على أن التي تغيرت معالمها تصير ملكا للغاصب، غصب كتاب ونزع جلده قال: خلاص. . . . . تضمن قيمته، ويأتي بعض الطلاب -وهذه موجودة بعض الحيل عند بعض الطلاب وهي موجودة في غير بلادنا أكثر-، يصير عنده كتاب ناقص مجلد، الكتاب ما دام كامل يستحق ألف، وإذا نقص مجلد خمسمائة ريال، ثم يذهب إلى مكتبة عامة فيستعير منها هذا المجلد، ويكمل نسخته ويبيعها، ثم يذهب إلى المكتبة ويقول: ضاع، تلف، كم يستحق هذا المجلد؟ تجتمع اللجنة وتقرره بمائة ريال مثلا، هو استفاد أربعمائة ريال مكسب، فمثل هذه الحيل لا تجوز بحال، وليس بمبرر أنهم يأخذون تأمين عليك، أو يسألون كم يستحق هذا الكتاب؟ وأحيانا يكون هذا الكتاب طبعة نادرة مثلا، يأتي إلى المكتبة العامة ويستعير كتاب طبعة نفيسة أوروبية أو شبهها من الطبعات المنقرضة مجلد واحد، ثم نظام المكتبة يتصلون بالمكتبات ويقولون: كم يستحق هذا الكتاب بغض النظر عن طبعته؟ عندكم كتاب كذا؟ نعم عندنا، كم قيمته؟ عشرة، يضربونها في خمسة تطلع خمسين، وهذه الطبعة التي أخذها هذا الطالب تستحق ألف ولو كان مجلد واحد، ويظن أن عهدته وذمته برأت، لم تبرأ ذمته، بل عليه أن يبرأ مما أخذ، **وعلى اليد ما أخذت** حتى تؤديه، الحنفية قالوا: العين المغصوبة إذا تغيرت معالمها للغاصب، ويضمن قيمتها، يقول ابن حزم ويرد عليهم ويقول: ليس في تعليم الظلمة أكثر من هذا، نعلم الظلمة أن يأكلوا أموال الأيتام، طيب وأموال غيرهم؟ مثلهم، لكن هو يصور بصورة تجعل القارئ يقتنع، ليس في تعليم الظلمة أكل أموال الناس أكثر من هذا، فيقال لكل فاسق: إذا أردت أخذ قمح يتيم أو أكل غنمه أو استحلال ثيابه تصرف بس، غير معالمها، اطحن القمح، اذبح الغنم، قطع الثياب وتصير لك، ثم بعد ذلك تضمن له القيمة، وفي هذا تعليم للظلمة. . . . .، وعلى كل حال تقوم بما تستحق، يضمن قيمتها إذا أتلفها، وإذا كان تصرفه مما يزيدها؛ لأنه أحيانا التصرف يزيدها، هذا القمح إذا طحنه هو مآله إلى الطحن يزيده، ومع ذلك يؤخذ منه ويدفع الأرش، يدفع أرش جنايته، ما بين السليم والصحيح، وينظر في مقصده ويعامل بنقيض قصده.." (٢)

---

(١) شرح بلوغ المرام - عبد الكريم الخضير عبد الكريم الخضير ٩/٨٧

(٢) شرح بلوغ المرام - عبد الكريم الخضير عبد الكريم الخضير ١٩/٨٨

"-- القاعدة الثانية عشرة:

قاعدة: (**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه) :

وفي رواية: (تؤدي) :

أصل هذه القاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي كريم رواه أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم، في مستدركه كلهم عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، وحسنه الترمذي.

معنى هذا الحديث: (إن من أخذ شيئا بغير حق كان ضامنا له ولا تبرأ ذمته حتى يرده) .

المراد باليد هنا: صاحبها من إطلاق البعض وإرادة الكل، وعبر باليد لأن بها الأخذ والإعطاء.

أنواع الضمان: الضمان نوعان:

(ا) ضمان عقد.

(ب) ضمان يد.

فضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله.

وضمان اليد مرده المثل أو القيمة.

والمقصود في القاعدة ضمان اليد لا العقد.

أمثلة على القاعدة:

من أخذ بدل صلح ثم اعترف قابضه بعد الصلح أنه لا حق له فيه وجب عليه رد ما أخذ.." (١)

"القاعدة: [١٠٢]

لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (م/٩٧)

التوضيح

لا يجوز لأحد ما، ولو كان والدا أو ولدا أو زوجا، أن يأخذ جادا أو لاعبا مال أحد ما ولو لولده، أو والده، أو زوجته، بلا سبب شرعي يسوغ له الأخذ، لأن حقوق العباد محترمة، فإن أخذه كان ضامنا.

والأصل في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم -:

" **على اليد ما أخذت** حتى ترده "

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٣٧٢

ولقوله – صلى الله عليه وسلم –:

"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ".

أما إذا كان الأخذ بحق ثابت فيجوز ولو دون رضا صاحب المال.

إما مباشرة أو بعد القضاء، وذلك لأن السبب الشرعي قد يكون قويا فلا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي، وذلك هو الكثير الغالب، وقد يكون السبب ضعيفا فلا يجوز الأخذ

معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي.

التطبيقات

١ – يجوز للشخص أن يأخذ ثمن البياعات، ومثل القرض، وبدل المغصوب، وبدل الإجارة إذا صار دينا في الذمة، كما إذا شرط تعجيله أو مضت مرحلة في." (١)

"القاعدة: [١١٩]

المفرط ضامن

التوضيح

إن من أتلف مال غيره عمدا فإنه يضمنه بأن يؤدي مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا.

أما إن ضاع منه ذلك قهرا، أو غلبة، أو بجائحة وقضاء وقدرا، ومن غير تفريط ولا إهمال منه فإنه لا يضمنه، إلا إذا كان معتديا في وضع اليد فإنه يضمن كالغاصب.

ودليل ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم –:

"لا ضمان على مؤتمن"؛ لأن الشأن والعادة فيمن يأتمنه

الناس على أموالهم وودائعهم أن يحافظ عليها، فإن ضاعت فلا يضمنها، لعدم تفريطه، فإن ثبت تفريطه فإنه يضمن، لقوله – صلى الله عليه وسلم – "**على اليد ما أخذت** حتى تؤديه".

وروي عن أنس رضي الله عنه: أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ضمنه." (٢)

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٥٥٩/١

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٦٠٥/١